

전자 거래에 있어 하이브리드형 의사표시에 관한 연구: 소비자의 모순된 의사표시를 중심으로

정신동

요 약

오늘날 전자적 거래 환경을 통해 계약을 체결하는 소비자는 대개의 경우 신속하고 편리하게 계약을 체결할 수 있다는 이점을 누리고 있지만, 이와 더불어 계약체결 당사자 사이에 충분한 의사소통을 할 수 없다는 한계도 경험하게 된다. ‘실제 현실세계(오프라인)’에서 체결되는 계약과 비교해 보았을 때 전자적 거래에 있어서 계약 체결을 위한 접촉단계들은 사업자에 의해 상당히 표준화·정형화되어져 있다. 그런데 만약 의사표시를 행하려는 소비자가 이와 같이 웹사이트 운영자에 의해 사전에 의도된 (입력) 사항들을 거부하고, 개별적인 자신만의 의사표시를 행하기 위해 입력란에 특정 텍스트를 입력하였다면, 근본적으로 그 특색이 상이한 두 가지 형태가 동시에 나타나는 일종의 하이브리드형(복합적) 의사표시가 발생할 수 있다. 본고에서는 이러한 유형의 하이브리드형 의사표시 내용에 모순이 있는 경우 어떤 해석기준이 적용되어야 하는지 문제를 다뤘다.

만약 의사표시의 개별적인 부분과 사전에 작성된 부분이 상호 모순되면, 의사표시 수령자가 표의자의 실제 의사를 인식했던 경우에 한해 실제 의사가 고려된다. 이 경우 일반적으로 개별적 의사표시 부분이 표의자의 실제 의사에 부합할 것이다.

이와 달리 의사표시 수령자가 표의자의 실제 의사를 인식 하지 않았다면, 하이브리드형 의사표시의 객관적-규범적 해석에 대한 문제가 발생한다. 이러한 규범적 해석은 경우에 따라서 상당히 세분화되어 행해져야 한다.

i) 입력란이 투명하게 형성되어 있어 해당 공간에 무엇을 입력해야 하는지가 명확하고, 의사표시의 수령과 의사표시에 대한 수령자의 반응이 누구나 인식할 수 있을 정도로 명백히 자동화되어 있다면, 현재의 기술 수준에 있어서는 사전에 마련된 의사표시 사항에 우위를 두어야 한다. 입력란에 목적에 맞지

* 이 논문은 2020년 5월 30일 개최된 안암법학회 춘계학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 발표 당시 사회를 맡아 주신 충남대 고세일 교수님과, 토론을 통해 유익한 말씀을 주셨던 박미영 박사님께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 또한 심사를 통해 귀중한 의견을 주신 익명의 심사위원님들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

정신동 | 강릉원주대학교 법학과 조교수, 법학박사(jusido@gwnu.ac.kr)

않는 입력되는 것을 의사표시 수령자가 반드시 알아야 할 필요는 없다. 특히 의사표시 수령자는 개별적 의사표시 여부를 확인하기 위해 입력란의 내용을 필터링 할 책무를 부담하지 않는다.

ii) 표의자가 의사표시를 함에 있어 자신의 의사표시가 자연인에 의해 판독된다는 정당한 기대를 가질 수 있다면, 사전에 정형화 되어 있는 의사표시와 다른 내용의 개별적 의사표시가 현저히 눈에 띄는 경우 결정적 의미를 가지게 된다. 개인적 의견표명을 위한 특유의 입력란이 있거나, 전후 맥락과 관련된 입력란에 개별적 의사표시를 하는 경우에는 현저히 눈에 띈다고 보아야 한다.

• **주제어:** 하이브리형 의사표시, 객관적 해석, 규범적 해석, 의사표시 해석, 계약체결 프로세스의 자동화

목 차

I. 전자적 거래에 있어 하이브리드형(복합적) 의사표시	III. 사람에 의한 판독을 기대할 수 있는 경우 의사표시 상대방의 시각
II. 온라인상 소프트웨어에 의해 계약체결이 자동화되어 있는 경우 의사표시 상대방의 시각	IV. 결론

I. 전자적 거래에 있어 하이브리드형(복합적) 의사표시

1. 문제의 제기

오늘날 전자적 거래 환경을 통해 계약을 체결하는 소비자는 대개의 경우 신속하고 편리하게 계약을 체결할 수 있다는 이점을 누리고 있지만, 이와 더불어 계약체결 당사자 사이에 충분한 의사소통을 할 수 없다는 한계도 경험하게 된다. 상점 등을 실제로 방문하여 체결되는 계약과 비교해 보았을 때 온라인상의 거래에 있어서 계약 체결을 위한 접촉단계들은 계약의 타방 당사자 또는 제3자(예컨대 온라인 중개 플랫폼 운영자)에 의해 상당히 표준화되어 있다. 물론 전자적 거래에 있어서도 (특히 E-mail 교환을 통해) 당사자 간에 개별적인 의사소통이 이뤄짐으로써 계약이 체결될 수 있다. 하지만 이는 대개 예외적 상황에 해당하는 것으로서 계약체결을 위해 이용되는 웹사이트의 운영자가 계약당사자들의 의사표시를 위한 기본 틀을 마련해 놓는 경우가 더 일반적이라고 말할 수 있다. 많은 경우 전자거래를 위한 웹사이트 운영자는 (배송지 입력란, 할인 혜택 입력란, 결제정보 입력란 등과 같은) 계약 체결을 위해 필요한 단계들을 미리 결정해 두고, 소비자들이

의사표시를 행할 입력란을 만들어 놓으며, 심지어 (‘최종 결제하기’ 버튼과 같이) 소비자의 의사표시 내용을 미리 작성해 놓기도 한다.¹⁾ 그런데 만약 의사표시를 행하려는 소비자가 이와 같이 웹사이트 운영자에 의해 사전에 의도된 (입력) 사항들을 거부하고, 개별적인 자신만의 의사표시를 행하기 위해 입력란에 특정 텍스트를 입력하였다면, 근본적으로 그 특색이 상이한 두 가지 형태가 동시에 나타나는 일종의 하이브리드형(복합적) 의사표시가 발생할 수 있다. 즉, 이 경우 의사표시의 한쪽 면은 웹사이트 운영자에 의해 주어져 있고, 다른 면은 이용자에 의해서 개별적이고 개인적으로 형성되어져 있게 된다. 그런데 만약 사전에 마련된 틀과 개인적 표현이 모순된다면 이러한 유형의 하이브리드형 의사표시에 어떤 해석기준이 적용되어야 하는지 문제가 발생하게 되고, 본고에서는 바로 이 문제를 상세히 다뤄 보고자 한다.

2. 문제의 제기

앞서 언급한 하이브리드형(복합적) 의사표시가 나타나는 상황에 대한 이해를 돕기 위하여 예시 사례를 간략히 언급해 보기로 하겠다. 우선 관련 독일 판례를 간략히 소개하고, 이와 별도로 허구적 사례 하나를 정리해 언급해 보겠다.

사례 1: “Mr. 아직 모름(Mr. noch unbekannt)”을 위한 항공권 예약 사례²⁾

2013년 독일 연방대법원은 전자적 거래에 있어 하이브리드형 의사표시가 문제된 사안을 직접 다룬 바 있다. 이 판례 사안에서 이용자 A는 인터넷을 통해 예약하면 저렴한 가격으로 항공권 구매가 가능하여 항공사 B의 웹사이트를 통해 여객기 티켓을 예약하고자 하였다. 다만 A는 혼자서 여행하기를 원치 않았고, 누군가와 함께 여행하기를 원했는데, 아쉽게도 아직 함께 여행할 동반승객을 구하지 못하였다는 문제가 있었다. 이 때문에 A는 즉석에서 성과 이름을 입력하는 란에 “아직 모름(noch unbekannt)”이라는 표현을 입력하였고, 이 예약 직후에 항공운송계약 체결을 확인해 주는 이메일을 수신하였다. 이러한 이메일은 항공사 측에서 예약과 동시에 자동적으로 발신되는 것이었는데, 수신한 이메일 내 두 번째 승객의 이름이 ‘Mr. 아직 모름(Mr. noch unbekannt)’으로 표시되어 있었다. 얼마 뒤에 A는 예약한 항공노선에 대하여 (그 사이에 구한) 동반승객의 이름을 알려주었으나 항공사 B는 성명 변경을 거부하였고, 그 대신에 비행을 취소한 뒤 두 번째 승객을 위해

1) 최근 독일민법은 이와 같이 의사표시를 하려는 자가 행할 특정 의사표시 내용을 미리 거래 상대방이 명확하게 마련해 둘 것을 요구하는 법률 규정을 도입하기도 하였다. 즉 독일 민법 제312조의j 제3항에 의하면 전자상거래에 있어서 사업자는 “지불의무를 부담하는 주문을 함(zahlungspflichtig bestellen)”이라는 단어로 표시되어 있는, 가독성이 뛰어난 (최종주문)버튼을 소비자가 클릭할 수 있도록 할 의무를 부담한다. 이에 대한 자세한 내용은 이병준(2016), 전자상거래에서 부당한 대금 내지 요금 청구와 소비자보호 - 소비자권리지침을 반영한 독일 민법을 중심으로 -, 서울법학 제23권 제3호, 71면 이하 참조.

2) BGH NJW 2013, 598 ff.

다시 새롭게 예약할 수 있는 방안을 알려주었다. 이후 이용자 A는 혼자서 여행을 개시하였고, 동시에 항공사 B에 EU 항공여객 보상규칙(Flight Compensation Regulation; Fluggastrechteverordnung)³⁾에 따른 대금 반환을 요구하였다.

사례 2: 구속력 없는 뮤지컬 티켓 구매

이용자 A가 뮤지컬 티켓을 판매하는 B의 웹사이트에서 티켓 구매를 위한 화면 내 입력란을 채우는데, 대금 지불방식을 반드시 선택해야 하였고, 자동이체의 결제방식을 선택하는 경우 계좌번호를 입력하게 되어 있었다. 그런데 A는 계좌번호까지 입력하여 자동이체를 선택한 뒤, 화면 하단의 “기타 남기실 말씀”이라는 입력란에 “12월 1일까지는 최종 구속력 없는 뮤지컬 티켓 구매가 가능할까요? 일단 저는 자동이체를 허용하지 않음을 명백히 밝힙니다.”라고 메모를 남겨 별도의 의사표시를 입력하였다. 이후 A는 최종적으로 티켓 구매를 종결시키는 화면 버튼을 클릭하였다.⁴⁾

3. 객관적·규범적 해석의 원칙

위에서 예시한 2가지 사례를 자세히 들여다보면 이용자가 의사표시를 함에 있어서 개별적이고 개인적인 표시사항을 추가하기 위해 웹사이트 내 입력란을 활용하였다는 공통점을 발견할 수 있다. 이 경우 개별적으로 행해진 고유의 의사표시 내용이 표의자의 실제 의사에 합치하는 것이 일반적일 것이고, 이러한 의사는 이를 의사표시 상대방이 인식하는 한 의사표시 해석에 결정적 의미를 가지게 될 것이다. 이와 달리 의사표시 상대방이 표의자의 실제 의사를 인식하지 않은 경우라면, 주지하는 바와 같이 거래 안전 및 신뢰 보호의 원칙에 따라 상대방의 수령을 요하는 의사표시에 대한 객관적·규범적 해석이 필요하게 된다.⁵⁾ 그런데 위 사

3) Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91 (Text with EEA relevance) – Commission Statement. 사안에서 이용자 A는 동 규칙 제4조 제3항 및 제7조 제1항 제b호를 근거로 반환 및 보상을 주장하였다.

4) 그 외에 온라인 중개 플랫폼 내의 거래에 있어서도 하이브리드형 의사표시가 문제될 수 있다. 예컨대 중개 플랫폼의 이용약관에서 상품을 등록하는 행위가 매매계약의 체결을 위한 구속력 있는 청약의 의사표시에 해당하고, 플랫폼에서의 모든 행위는 자기 자신의 이름으로 행해져야 한다고 규정하고 있으며, 이에 따라 상품 판매 화면에서는 상품을 판매하기 위해 이를 등록하였던 자의 이름이 “판매자”라는 명칭과 함께 분명히 표시되고 있는 플랫폼을 생각할 수 있을 것이다. 그런데 A가 자신의 상품을 판매하기 위해 상품 정보를 입력하는 입력란에 i) 등록된 상품을 판매할 의사가 없음을 표시한 경우(예컨대 “주의! 일단 임시로 설문조사를 하는 것임”이라고 입력한 경우), 또는 ii) 타인의 이름으로 상품을 판매하고자 함을 표시한 경우(예컨대 “제 친구를 위해서 판매합니다”라고 입력한 경우), 또는 iii) 자신의 상품 등록이 구속력 있는 청약의 의사표시가 아님을 표시한 경우(예컨대 “도중에 다른 사람에게 판매될 수 있습니다”라고 입력한 경우) 이를 어떻게 해석할 것인지 문제가 발생한다.

례에서 확인하였던 하이브리드형 내지 복합적 의사표시에 대해 객관적으로 규범적 해석을 시도함에 있어서는 다음과 같은 2가지의 어려운 문제가 발생하게 된다. 첫째로 소프트웨어가 사용되어 계약의 체결 과정이 자동화되어 있는 경우 의사표시 상대방의 지평(Empfängerhorizont)이 어떻게 결정되어야 하는지 문제, 둘째로 사람에 의해 하이브리드형 의사표시가 판독됨을 기대할 수 있는 경우에는 어떤 해석기준이 적용되는지의 문제가 검토되어야 한다.

II. 온라인상 소프트웨어에 의해 계약체결이 자동화되어 있는 경우 의사표시 상대방의 시각

1. 해석기준으로서 인간 vs 기계

소위 전자적 의사표시, 특히 소프트웨어를 사용하여 자동적으로 생성되고 전자적 방식으로 전달되는 의사표시도 자기 자신의 이름으로 의사표시를 생성한 자의 유효한 의사표시라는 점에 이론의 여지가 거의 없다.⁶⁾ 그런데 계약을 체결함에 있어 자동 처리되는 프로세스를 사용하는 때에는 컴퓨터가 수행하는 의사표시를 어떻게 해석해야 하는가 하는 어려운 문제가 발생하게 된다. 이러한 경우 수행한 의사표시를 ‘소프트웨어’가 처리하는 기능에 따라 해석해야 하는 것인지, ‘사람인 상대방’의 시각에 따라 해석해야 하는지 의문이 제기될 수 있기 때문이다. 앞서 소개하였던 “Mr. 아직 모름”을 위한 독일 항공권 예약 사례를 생각해 보면, 탑승객의 성명을 전자적으로 기입해야 하는 입력란에 항공사가 사전에 마련해 둔 방침과 달리 “아직 모름”이라는 단어를 입력한 경우, 해당 의사표시는 소프트웨어가 이를 처리하는 바와 같이 해석되어야 하는지, 즉 “아직 모름”이라는 이름의 승객을 위한 비행기 티켓 구매의 청약으로서 해석되어야 하는지, 아니면 자신의 이름으로 소프트웨어 사용을 결정한 자의 의사표시 수행자로서의 시각이 고려되어야 하는지 문제가 된다. 그리고 만약 소프트웨어 사용을 결정한 사람의 시각이 고려되어야 한다면, 이 의사표시 수행자의 시각은 어떤 기준을 토대로 결정되어야 하는지가 해결되어야 한다.

우선 “Mr. 아직 모름” 사건을 다루었던 독일 연방대법원 민사 제X부는 자신의 판결을 통해 소프트웨어에 의해 자동화되어 처리된 의사표시는 인간인 수행자가 신의성실 및 거래관행에 따라 이해했을 바와 같이 해석되어야 한다고 판시하였다.⁷⁾ 즉 성명란에 “아직 모름”이라고 입력한 것에는 이러한 입력 내용을 읽어 가는 인간이 부여했을 의미가 기준이 된다고 하면서, 동반승객을 나중에 지명할 권리를 유보하고자 하는 예약

5) 규범적 해석 개념 자체에 대한 비판적 시각으로 이동형(2012), 법률행위 해석방법으로서 자연적 해석과 규범적 해석 검토, 저스티스 통권 132호, 한국법학원, 22면 이하 참조.

6) 자연적 의사표시와의 비교 설명으로 한삼인/정창보(2012), 전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구, 법학연구 45권, 한국법학회, 206면 이하; 최명구(1998), 전자적 의사표시의 법적 효력문제, 비교사법 제5권 제1호, 439면 이하 참조.

7) BGH NJW 2013, 598, 599.

자의 의사표시로 파악하였다. 다만 독일 연방대법원은 해당 의사표시가 왜 그렇게 해석되어야 하는지 그 이유에 대해서 상세히 논증하지는 않았고, 단지 그렇게 해석하는 것이 의사표시 해석을 규율하고 있는 독일 민법 제133조 및 제157조와 관련 기본 법원칙에 부합한다고 판시한 것이 전부였다.⁸⁾

이러한 독일 판례의 입장에 대해서는 일단 의사표시 수령자 시각을 판단함에 있어 의사표시를 위해 사용된 소프트웨어가 가지고 있는 구체적인 처리기능을 고려해서는 안 된다고 판시한 점에 동의할 수 있을 것이다. 즉 의사표시의 수령자로서 사람(소프트웨어의 사용을 결정하여 이를 투입한 자)이 신의성실 및 거래관행의 고려 하에 해당 의사표시를 이해했을 바가 기준이 된다고 보아야 한다. 왜냐하면 소프트웨어에 의해 생성되는 의사표시는 그 이면에 있는 사람에 대해서 효력을 발생시키기 때문이다.

하지만 이것이 곧바로 의사표시를 ‘읽는’ 사람이 어떻게 해석할지를 고려해야 한다는 것을 의미하지 않는다. 오히려 그 대신에 의사표시의 수령자가 예약사이트 화면구성을 고려해 보았을 때 자신에게 도달한 의사표시를 이해해도 되는 바, (이를 기초로) 소프트웨어에 의한 답변(답신메일)을 어떻게 구상해도 되는지가 중요하게 된다. 이를 파악함에 있어서는 다음과 같은 사항이 고려될 수 있을 것이다. 우선 소비자가 웹사이트 운영자에 의해 마련된 입력란에 사전에 의도된 바에 따라 해당 내용을 입력하고, 이러한 입력란을 (웹사이트 운영자의 기획과 달리) 개인적인 고유의 의사표시를 위해서 사용하지는 않는 것이 전자적 거래에 있어 거래관행에 부합할 것이다. 개별적·개인적 의사표시를 위한 입력 공간이 없는 경우 표의자는 자신의 의사표시가 사람에 의해 판독될 것이라는 기대를 가지지 않고 행위 하는 것이 일반적일 것이다. 즉, 표의자는 자신의 의사표시가 자동처리의 대상이 된다고 생각하게 될 것이다. 그러한 의사표시를 사람이 일일이 읽고 인식해야 한다면 웹사이트 상의 계약 체결 과정에 상당한 지연이 발생할 것이라는 점이 거래에 참가하는 모든 당사자들에게 명백하기 때문이다. 따라서 신의성실 및 거래관행을 고려해 보았을 때 상대방의 의사표시를 위해 마련해 놓은 입력란들이 각각의 의미에 맞게 채워질 것이라는 것을 의사표시 수령자가 기대할 수 있게 된다.⁹⁾ 다만 이를 위해서는 두 가지 요건¹⁰⁾이 충족되어야 할 것인데, 우선 예약과정 또는 주문과정이 완전히 자동 처리 된다는 것이 이용자 입장에서 명백히 인식될 수 있어야 한다. 이는 특히 웹사이트 운영자에 의해 입력 사항이 미리 기획된 입력란만 있고, (대개 ‘기타 남기실 말씀’과 같은)개별적·개인적 의사표시를 행할 수 있는 입력란이 없는 경우가 그러할 것이다. 그리고 입력란이 투명하게 형성되어 있어 해당 공간에 무엇을 입력해야 하는지가 명확해야 할 것이다.

이 문제와 관련해서 독일에서는 사람이 직접 상대방이 행한 의사표시 내용에 대해 검토하지 않고 소프트웨어에 의한 자동처리절차만 사용하는 경우 이 자체가 의사표시를 수령하는 자의 책무위반에 해당한다는 반대 견해도 제기 되고 있다.¹¹⁾ 이에 의하면 자신에게 행해지는 의사표시를 기계가 아닌 인간에 의해 인식할

8) BGH NJW 2013, 598, 599.

9) 이러한 지적으로 Stadler, JA 2013, 466, 467.

10) 이 요건에 대한 동일한 지적으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 835.

11) Schinkels, LMK 2013, 343553.

가능성 자체를 포기한 경우 이로부터 나오는 결과에 대해서도 반드시 책임을 부담해야 한다고 한다. 그러나 이 견해는 전자 거래에 있어 계약이 체결되는 경우 소프트웨어의 사용이 가져오는 효율성의 이익이 양 당사자 모두에게 있고, 따라서 계약 당사자들 모두에게 유용하다는 점을 등한시 한다는 비판이 제기되고 있다.¹²⁾ 언제든지 편안한 소파에 앉아 단 몇 분 이내로 간단히 계약을 체결하고자 하는 이용자는 웹사이트 상에서 개인적·개별적으로 의사소통할 수 있는 가능성이 없다고 해서 이를 비난해서는 안 될 것이기 때문이다.¹³⁾ 또한 웹사이트 운영자가 전자적 계약체결을 위한 접촉단계에 있어 항상 인간인 직원을 통해 이용자의 의사표시를 관리·통제해야 한다면, 계약체결 프로세스가 상당히 둔화될 수밖에 없고, 자동화에 의한 효율화·합리화의 이익이 상실될 수밖에 없을 것이다. 나아가 이는 웹 사이트상 입력란을 그 목적에 맞게 사용하여 신속한 계약의 체결을 희망하는 대다수의 고객으로 하여금 상당한 불편을 야기하는 결과가 될 것이다. 따라서 구체적 의사표시 내용에 대한 인간의 관리 없이 작동되는 소프트웨어의 사용 자체가 책무위반에 해당한다고 보게 되면, 이는 실제로 있어 전자적 계약체결 방식을 상당히 비합리적인 방향으로 유도하게 된다.

나아가 전자적 의사표시를 행하려는 이용자가 웹사이트 운영자에 의해 사전에 의도된 바와 달리 개인적인 요구사항을 관찰하고자 하는 경우 다른 의사소통 수단을 이용할 것을 안내 할 수 있는데, 이것이 부당하다고 말하기는 힘들 것이다.¹⁴⁾ 대부분의 웹 사이트 운영자들에게 고객 상담 등의 이유로 전화번호 내지 이메일 주소 등을 안내할 자기이익이 있고, 현행 전자상거래법¹⁵⁾도 동법 제13조 제1항 제2호에서 “통신판매업자가 재화등의 거래에 관한 청약을 받을 목적으로 표시·광고를”하는 경우 “주소·전화번호·전자우편주소”를 제공해야 한다고 규정하고 있다.¹⁶⁾

결국 1번 예시사례에서 항공사는 고객이 예약 단계에서 성명을 입력하는 란에 “아직 모름”이라고 입력한 것을 “아직 모름”이라는 이름을 가진 승객에 대한 예약으로 판단하는 것이 가능했다.¹⁷⁾ 특히 본 독일 판례사안에서는 각각의 입력란에 주의를 주는 문구가 명백히 표시되어 있었기 때문에, 즉 “예약이 완결된 이후에 성명 변경은 불가능하다는 점과 입력하신 성명이 여권상의 성명과 일치해야 함을 유의 하십시오.”라는 주의 사항이 구체적으로 표시되어 있었기 때문에 “아직 모름”이라는 이름을 가진 승객에 대한 예약으로 판단하는 것이 더욱 설득력 있었다. 여행객의 실제 성명을 토대로 하는 항공권 구매 신청만 기대 가능하다는 점이 이미 청약의 유인 단계에서 명백하였다고 볼 수 있기 때문이다.

12) 이러한 비판으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 835.

13) LG Dresden v. 08.03.2012 – 2 S 170/11 – BeckRS 2013, 00365. 참조.

14) 이러한 견해로 Stadler, JA 2013, 466, 467.

15) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 [법률 제15698호, 2018. 6. 12., 일부개정].

16) 유사한 입법례로 독일 원격미디어법(Telemediengesetz) 제5조 제1항 제2호가 영업을 수행하는 원격미디어 서비스 제공자에게는 접촉정보를 공고할 의무를 부과하고 있다.

17) 마찬가지로 Janal, AcP 215(2015), 830, 836.

2. 사용되는 소프트웨어의 처리능력 문제

계약 체결 프로세스가 자동화되어 있다는 점이 분명한 경우라 할지라도 자신의 개별적·개인적 의사표시가 소프트웨어에 의해 '이해'되거나, 정확하게 처리된다는 표의자의 정당한 기대가 가능한 상황도 있을 수 있다. 그러한 상황과 관련해서는 특히 iPhone의 Siri 또는 갤럭시의 Bixby와 같은 음성인식 기반 개인 비서 애플리케이션, 아마존닷컴에서 개발한 Amazon Echo와 같은 음성인식 스마트 스피커 사용¹⁸⁾을 떠올릴 수 있을 것이지만, 아직까지 이러한 첨단 시스템이 계약 체결 과정에 적극 사용되는 단계까지는 이르지 않았다. 그럼에도 불구하고 지금과 같이 웹사이트 입력란을 채우는 방식으로 표준화되어 있는 전자적 계약체결에 있어서 입력란 내 특정 단어조합들을 소프트웨어가 필터링하고, 목적에 부합하지 않는 입력내용을 소프트웨어가 인식할 수 있을 것이라는 표의자의 정당한 기대가 인정되는 경우도 존재할 수 있을 것이다.

그러나 많은 경우 아직 필터링 프로세스가 단어조합들의 의미를 추론해 내는 판독능력이 없거나, 있더라도 그 한계가 상당하다는 점에서 필터링 효과를 과대평가할 이유는 없다고 생각된다.¹⁹⁾ 그러한 필터링 기술 관련 한계상황을 'Mr. 아직 모름' 판례사안에 대입하면 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다: 우선 성명 입력란을 목적에 맞지 않게 사용되는 경우를 대비하기 위해서는 예약 웹사이트를 기획하는 프로그래머의 입장에서 모종의 상상력이 필요하다. 아마도 판례사안에서 항공사는 승객의 성명 입력란에 '아직 모름'이라는 입력하고 예약을 진행한 고객의 행위를 예상하기 매우 힘들었을 것이다. 또한 가능한 표현 방식이 모두 완전히 확인되어야 한다는 점에서도 필터링 작업은 한계에 봉착하게 된다. '아직 모름'이 비행승객을 추후 결정하고자 하는 요구사항을 나타낼 수 있는 유일한 표현이 아니다. 예컨대 '미정', '추후 지명됨', '유보함' 등 이를 대체할 수 있는 수많은 표현들이 존재한다. 결국 필터링 기능을 사용함에 있어서는 상당한 비용이 수반될 수밖에 없다.²⁰⁾

물론 예컨대 원산지 미표시 상품 내지 지식재산권 침해 상품과 같이 위법성이 인정되는 상품 판매²¹⁾를 온라인상에서 배제하기 위해, 또는 '주소 입력란'에서 정확한 주소정보를 확인하고 해당 주소로의 정상적인 계약의 실현(배송)을 보장하기 위해 입력란 내용들을 실제로 필터링 하는 경우가 많다. 하지만 이 경우에는

18) 인공지능 스피커에 대한 소비자 인식에 관한 최근 연구로 이진면/정민지/이주래/김예은/안치연(2019), 인공지능 스피커에 대한 소비자 인식과 수용의도: 비수용자를 중심으로, 소비자학연구 제30권 제2호, 193면 이하. 이에 의하면 아직까지는 소비자들이 음악 듣기와 같은 단순한 기능을 유용하게 생각하고 있고, 인공지능 스피커를 통한 상품 구매와 같이 계약을 체결하는 것에까지 유용성을 인식하지는 않는 것으로 나타났다.

19) 온라인서비스제공자의 필터링 의무는 주로 저작권법 등의 지식재산권법 영역 및 유해정보 필터링과 관련하여 상당한 논의가 있었다. 대표적인 문헌으로 신지혜(2010), 온라인서비스제공자에 의한 필터링(filtering), Law & technology 제6권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 49면 이하 참조.

20) 이러한 지적으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 837.

21) 이러한 소위 '부정수입물품'이 온라인상에서 많이 거래되고 있는데, 이를 방지하기 위한 다양한 입법이 시도되고 있다. 특히 최근 사이버몰 내에 부정수입물품 유통실태조사를 관세청이 실시할 수 있도록 관세법 개정이 있었다(관세법 제266조 제4항 내지 제7항 참조).

필터링 작업이 ‘정상적인 급부 제공’이라는 온라인 서비스 제공자의 자기이익을 위한 것이거나, 웹사이트 이용자의 위법한 행위로부터 제3자 또는 일반 공중을 보호하기 위한 것이다. 이와 달리 웹사이트 입력란에 사전에 의도된 목적에 반하는 내용을 입력하는 방식으로 이용자가 의사표시를 하는 경우에는 그러한 제3자의 보호가 문제되지 않는다. 입력란을 그 목적에 반하여 사용한다는 것을 이용자 자신이 이미 알고 있고, 사업자와의 전화통화 또는 이메일 발신과 같이 개별적인 의사소통 수단을 이용할 수 있는 경우가 대부분일 것이므로, 이용자도 특별한 보호를 필요로 하지 않는다. 따라서 원격미디어서비스 이용자는 서비스 제공자가 필터링 기술을 사용하여 입력란에 사전에 의도된 바와 다른 내용이 입력되는 경우 이를 인식할 것이라는 정당한 기대를 가질 수 없다고 보아야 한다.²²⁾ 오히려 소비자 자신에게 웹사이트 내 정형화·표준화된 계약 체결 프로세스를 이용하기 어려운 특별한 상황이 있는 경우에는 사전에 사업자에게 직접 대화를 걸어 개별적 문의를 진행할 것이라는 것이 더 기대 가능하다. 다만 향후 인공지능 기술의 발전²³⁾으로 필터링 기술 내지 기계의 인식기능에 상당한 진보 내지 발전이 이뤄진다면 기술 발전에 의해 의사표시 해석 기준이 변화하는 것을 경험할 수도 있을 것이다.

3. 독일 연방대법원의 최종 판단에 대한 비판적 검토

앞서 소개한 바와 같이 독일 연방대법원 민사 제X부는 항공권 예약에 있어 ‘Mr. 아직 모름’이 입력된 사안에서 본고에서 지지되고 있는 견해와 다른 판단을 하였다. 즉 법원은 항공사를 고객이 예약한 바를 실제 인간이 읽었던 것처럼 취급해야 한다고 판시하였다. 따라서 두 번째 승객에 대한 예약과 관련하여서 항공사는 예약자의 의사표시를 동반승객의 추후 지명권을 유보하는 의사표시로 판단했어야 한다고 판시하였다.²⁴⁾ 다만 법원은 ‘추후 동반승객의 성명을 특정할 권리’가 수반되는 ‘계약의 성립’ 자체를 인정하지는 않았다. 항공사가 ‘Mr. 아직 모름’에 대한 항공권 예약상황을 이메일을 통해 확인해 주었다고 해서, 또는 항공권에 대한 고객의 대금 지불이 완료되었다고 해서 이를 예약자 자신의 청약에 대한 ‘승낙’으로 이해해서는 안 된다고 지적하였다. 그 이유로는 첫째 항공예약 시스템 상 동반승객을 나중에 결정하여 해당 승객정보를 추후 입력할 수 있는 가능성이 완전히 배제되어 있었고, 둘째 예약자인 원고가 이미 이러한 예약절차의 자동화

22) 마찬가지로 Stadler, JA 2013, 466, 467; Janal, AcP 215(2015), 830, 838.

23) 최근 법학계에서는 인공지능이 이용된 의사표시 또는 계약체결에 대한 논의들이 집중적으로 이뤄지고 있다(대표적으로 김세준(2019), 인공지능에 의한 계약의 효력, 외법논집 제43권 제4호, 23면 이하; 이충훈(2020), 인공지능(Artificial Intelligence)을 이용한 의사표시의 주체, 법학연구 제30권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 285 이하; 김진우(2018), 자율시스템에 의한 의사표시의 귀속, 법학논총 제38권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 97면 이하; 고형석(2018), 인공지능을 이용한 전자적 의사표시의 효력에 대한 고찰, 법학논총 제38권 제4호, 전남대학교 법학연구소, 129면 이하; 황원재(2020), 인공지능 시대의 계약자유의 원칙과 법적응상의 문제점, 법학논총 제27집 제1호, 조선대학교 법학연구원, 170면 이하 참조)

24) BGH NJW 2013, 598, 599 f.

상황(즉, 답신메일이 자동으로 발송된다는 점) 및 지불관련 자동이체절차 시스템을 잘 알고 있었다는 점이 언급되었다. 결론적으로 독일 연방대법원은 독일민법 제154조에 따른 ‘합의의 부존재’를 인정하였고,²⁵⁾ 독일민법 제812조 제1항 제1문에 따른 대금 반환 청구권, 즉 급부부당이득에 따른 반환 청구권이 존재한다고 판시하였다.²⁶⁾

이러한 독일 연방대법원의 설명방식에 대해서는 피할 수 없는 모순이 발생된다는 비판이 제기되기도 한다.²⁷⁾ 이에 따르면 독일 연방대법원은 예약자인 원고의 청약을 해석함에 있어서는 ‘자동화된 계약체결 프로세스’를 무시하였으나, 이와 달리 항공사의 승낙의 의사표시를 해석함에 있어서는 그러한 자동처리절차를 고려하였다고 지적된다. 즉, 법원이 판단한 바와 같이 “아직 모름”이라는 단어가 입력된 경우 소프트웨어 시스템에 의해 성명이 아닌 다른 무언가로 인식될 것이라는 예약자의 정당한 기대가 인정될 수 있었다면, 마찬가지로 이에 부합하는 답신메일(추후 동반승객을 지정할 것이라는 예약자의 의사표시를 승낙하는 답신메일)이 소프트웨어 시스템에 의해 발신될 것이라는 예약자의 기대도 가능할 것이라고 한다. 또한 (마찬가지로 법원이 판단한 바와 같이) 예약확인을 위한 답신메일의 발신과 대금 지불을 위한 자동이체 절차 모두가 자동화되어 있으므로 동반승객을 나중에 특정할 권한에 항공사가 동의할 것이라는 기대를 예약자가 가질 수 없다면, 이와 동일한 선상에서 예약자의 청약도 동반승객을 나중에 특정하고자 하는 의사표시로서 소프트웨어 시스템이 판단할 것이라고 전제할 수 없었다고 한다.

본 독일 판례 사안에서는 계약 당사자들의 실제 의사의 합치가 존재하지 않는다는 점에 의심의 여지가 없다. 다만 표시된 당사자들의 의사는 일치하고 있다고 보아야 할 것이다. 만약 본고에서 지지하는 견해와 달리 소비자의 예약신청을 ‘추후 동반승객의 성명을 특정할 권리’를 유보하는 의사표시로 해석하게 되면 필연적으로 자동적으로 발송되는 예약 확인 이메일을 ‘그러한 청약의 의사표시’에 대한 승낙으로 인정해야 하고, 결국 예약자가 나중에 동반승객을 지정할 권한을 인정해야만 할 것이다.²⁸⁾ 따라서 독일 연방대법원의 설명 방식은 설득력이 없는 것으로 판단된다.

25) 특히 독일 연방대법원은 본 사안에서 열린 불합의, 즉 의식적으로 합의하지 않은 부분을 남겨둔 경우로 파악하였다. 불합의의 종류에 관해서는 윤희렬(2013), 불합의의 종류와 그 법적 취급 - 독일법과의 비교법적 고찰을 중심으로 -, 민사법학 제62호, 37면 이하 참조.

26) 이 판례 입장에 찬성하는 독일문헌으로 Palzer, K&R 2013, 115, 117; Schinkels, LMK 2013, 343553.

27) 비판을 제기하는 독일문헌으로 Stadler, JA 2013, 466, 467; Janal, AcP 215(2015), 830, 838 f.; Sutschet, NJW 2014, 1041, 1046.

28) 이 방향을 지지하는 입장으로 Schinkels, LMK 2013, 343553.

4. 1번 사례에 대한 최종 해결방안

본고에서 제시하고 있는 입장을 취하게 되면 결국 'Mr. 아직 모름'에 대한 항공기 예약 사례에 있어서는 아직 모름이라는 이름을 가지는 승객에 대한 운송계약이 체결된 것으로 해석된다. 이 경우 그러한 승객이 계약 체결 당시 이미 실존하지 않으므로 계약 실현을 위한 급부는 원시적 불능 상태로 보아야 할 것이다. 이처럼 탑승객이 실존하지 않는다는 것은 항공사의 문제가 아니라, 입력란을 사전에 의도된 바와 달리 사용한 고객의 문제가 될 것이다.²⁹⁾

만약 항공사가 예약이 완결된 이후에도 탑승자의 성명을 변경할 수 있도록 자체적으로 회사정책을 운영하고 있다면, 비록 원시적 불능으로서 해당 운송계약이 처음부터 무효³⁰⁾라 할지라도 소비자 입장에서는 불이익이 발생하지 않는다. 항공사가 소비자로서 하여금 탑승자의 성명을 변경할 수 있도록 허용한다는 것은, (추가 요금 없이) 무효가 된 본래 계약과 동일한 (가격)조건으로 새로운 계약을 체결하겠다는 항공사의 약속을 의미하는 것이기 때문이다.³¹⁾ 이와 달리 만약 항공사의 약관 규정들이 예약 완결 이후 탑승자의 성명 변경을 허용하고 있지 않다면,³²⁾ 애당초 체결된 운송계약은 원시적 불능을 이유로 처음부터 무효가 될 것이고, 소비자 입장에서는 동일 노선에 대한 새로운 항공운송계약을 체결해야 할 것이다. 이는 소비자에게 불리한 경우가 대부분일 것인데, 항공사들이 시간별로 차등 부과되는 요금제(동태적 가격모형: dynamic pricing)를 운영하는 것이 일반적이기 때문이다. 즉 해당 항공편의 탑승일이 가까워지면 가까워질수록 비싼 요금을 지불해야 하는 새로운 항공운송계약 체결의 가능성이 높아지게 된다. 이를 통해 항공사들이 취하고 있는 동태적 가격설정모형에 대한 보호가 가능해 지고, 여객기 티켓에 대한 암시장 발생이 저지될 수 있을 것이다.

이와 별도로 항공사 입장에서 웹사이트 입력란을 사전에 의도된 목적과 달리 사용한 고객에게 손해배상 청구권을 행사할 수 있는지가 문제될 수 있다. 본 사례에서와 같이 원시적 불능이 문제된 경우에는 항공사가 고객에게 청구할 수 있는 손해배상에 대해서 계약체결상의 과실 책임을 규정하고 있는 민법 제535조³³⁾

29) 원심의 판결이 취했던 입장이다(LG Dresden v. 08.03.2012 - 2 S 170/11 - BeckRS 2013, 00365. 참조).

30) 우리 민법과 달리 독일 민법은 2002년 채권법현대화를 위한 개정법에 의하여 종래 인정되어 온 원시적 불능의 법리를 폐지하고, 원시적으로 불능인 이행을 목적으로 하는 계약도 유효하며, 채무자가 계약체결 당시 그 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우 채권자가 이행이익의 배상을 청구할 수 있다는 취지의 규정을 두게 되었다. 자세한 내용은 박정기(2015), 독일민법에 있어서 원시적 불능 법리의 폐지 -311조의a의 입법과정을 중심으로 -, 법학논고 제50집, 경북대학교 법학연구원, 2015, 65면 이하 참조. 독일과 유사한 2013년 국내 민법 제535조 개정시안에 대한 검토로 박영목(2019), 원시적 급부장래로 인한 손해배상책임의 근거와 범위, 고려법학 제93호, 241면 참조.

31) 이와 달리 실존하는 자 A를 B로 성명 변경을 허용하는 경우에는 목적지까지 운송을 요구할 수 있는 채권의 양도가 가능함을 의미한다.

32) 이러한 약관조항의 유효성에 대해 의구심을 표하는 문헌으로 Hopperditzel, NJW 2012, 600, 601 참조.

33) 동조는 민법의 전체 책임체계를 고려해 보았을 때 삭제되어야 한다는 견해로 정성현(2015), 민법 제535조를 위한 변명, 법학논총 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 150면 이하 참조.

가 필연적으로 검토될 것이다.³⁴⁾ 동조 제1항에 의하면 “목적이 불능한 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상”해야 하는데, 만약 고객이 ‘Mr. 아직 모름’이라는 실존하지 않는 자에 대한 항공운송계약이 체결된다는 사실, 즉 그 계약상 급부가 원시적 불능에 해당한다는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 판단되면, 항공사가 그 계약의 유효를 믿었음으로 인해 받은 손해, 즉 신뢰이익에 대한 손해배상청구권이 발생하게 될 것이다. 물론 민법 제535조 제2항이 규정하고 있듯이 상대방인 항공사가 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 계약체결상의 과실 책임이 문제되지 않을 것이다.

생각건대 본 독일 판례와 같은 사실관계에 있어서는 이러한 유형의 계약체결 과실 책임이 인정될 가능성이 높다고 판단된다. 앞서 설명한 바와 같이 전자적 거래에 있어서 계약을 체결하기 위해 소프트웨어에 의한 자동처리절차를 이용하는 소비자는 입력란에 무엇이 입력되어야 하는지가 투명하게 형성되어 있고, 계약체결과정이 자동처리 됨을 소비자가 명백히 알 수 있는 경우라면 입력란의 목적과 다른 개별적·개인적 의사표시 내용이 적절히 처리된다고 신뢰할 수 없기 때문이다. 즉 소비자 입장에서는 계약 체결 당시 실존하지 않는 ‘Mr. 아직 모름’에 대한 계약이 체결됨을 알았거나 알 수 있었다고 봐야 하는 경우가 일반적일 것이다. 마찬가지로 항공사 입장에서 고객의 개별적·개인적 의사표시 내용을 필터링할 책무는 없는 것이고, 따라서 소비자가 입력란을 그 목적에 맞게 채우며, 이와 다른 개별적·개인적 의사표시를 포함하고 있지는 않을 것이라고 신뢰할 수 있다. 결국 상대방인 항공사가 그 불능을 몰랐거나 알 수 없었을 경우가 더 보편적일 것이다.

계약체결상의 과실 책임이 인정되는 경우 구체적인 손해배상의 내용은 고객이 실제로 동반승객을 지명하는지 여부, 내지 어떤 시점에 고객의 의사소통상 오류가 드러나는지에 따라 달라 질 것이다. 우선 고객이 비행 시작 전에 동반승객을 지명하여 항공사와의 계약 체결과정에 있어 의사소통의 오류가 있었음이 드러난다면, 항공사는 해당 좌석을 다른 고객에게 판매할 기회, 즉 다른 고객과 운송계약을 체결할 기회가 어느 정도 보장될 수 있다. 물론 그러한 기회는 의사소통상의 오류가 드러나는 시점이 항공기 비행 시점과 근접하면 할수록 상실될 가능성이 높을 것이다. 이와 달리 고객이 의사소통상의 오류를 비행 시점 내지 비행 후에 통지하게 된다면, 항공사 입장에서는 상당한 손해가 발생할 수밖에 없을 것이다. 다만 민법 제535조 제1항에 따른 배상액은 계약이 유효함으로 인하여 생길 이익액을 넘지 못하므로 이행이익을 한도로 배상액이 제한될 것이다.

34) 본 사안에서 독일 연방대법원도 비록 그 법적 근거를 자세히 밝히고 있지는 않지만, 항공사의 반대청구권을 고려하고 있다(BGH NJW 2013, 598, 600). 짐작컨대 법적 근거가 ‘부분적 불합의’를 야기하였다는 이유로 발생하는 계약체결상의 과실 책임일 것이라는 지적으로 Schinkels, LMK 2013, 343553; Sutschet, NJW 2014, 1041, 1046; Janal, AcP 215(2015), 830, 840 참조. 하지만 독일 연방대법원이 판시한 바와 같이 항공사가 고객의 의사표명을 사람이 읽은 바와 같이 이해할 것이라고 신뢰 가능하다면, 계약체결상의 과실 책임이 발생할 수 있는 유책성이 존재하지 않는다고 지적으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 840 참조.

Ⅲ. 사람에 의한 판독을 기대할 수 있는 경우 의사표시 상대방의 시각

1. 사람에 의해 처리된다는 외관

전자적 거래에 있어서의 주문 내지 예약과정, 즉 계약체결 과정이 항상 일방적으로 자동 처리되는 것은 아니다. 계약체결을 위해 입력해야 할 입력란 내 의사표시가 사람에 의해 직접 판독되어 처리됨이 기대 가능한 경우 또는 의사표시를 행하는 소비자가 적어도 웹사이트 입력란이 구성된 바를 토대로 자신의 의사표시가 사람에 의해 수신되고 처리된다는 것을 전제해도 되는 경우가 충분히 있을 수 있다. 작금의 기술 수준을 고려해 보았을 때 이러한 상황은 개인적인 의견 내지 권의사항 등을 기록할 수 있는 입력란(예컨대 “남기실 말씀”, “기타 권의사항” 등의 입력란)이 제공되는 경우 항상 인정될 수 있을 것이다. 그 밖에도, 즉 “기타 남기실 말씀”과 같은 입력공간이 없는 웹 사이트에 있어서도, 화면 구성 등을 통해서 인간에 의해 계약체결과정이 처리된다는 정당한 인상을 불러일으킬 수 있을 것이다. 아래에서는 이러한 경우 본고에서 다루고 있는 하이브리드형 의사표시가 어떻게 해석되어야 하는지 문제를 다뤄 보고, 소비자가 주문 입력란을 사전에 의도된 목적에 반하여 사용하는 것이 항상 사람인 의사표시 상대방에게 이목을 불러일으켜야 하는지 검토해 보기로 한다.

2. 개별적 의사표시 내용의 우위

우선 웹사이트 운영자에 의해 사전에 특징 지워져 있는 의사표시 내용과 사전에 입력사항이 미리 예정되어 있지 않은 입력란에서의 개별적 의사표시 내용이 상호 모순되는 경우 이를 어떻게 해석해야 하는지 문제를 고찰해 보겠다. 예컨대 뮤지컬 티켓 구매가 문제된 예시 사례 2에서 고객은 티켓을 구매하는 최종 버튼을 구매하면서, 동시에 메모를 남길 수 있는 입력란에 ‘구속력 없는 예약’만 하고자 한다는 입력을 하였는데, 이러한 모순은 어떻게 해결되어야 하는가? 다시 말해 이 의사표시가 거래관행과 신의성실을 고려해 보았을 때 상대방이 어떻게 판단했어야만 하는지 문제가 해결되어야 한다.

이 문제를 해결함에 있어서는 약관규제법³⁵⁾ 제4조가 약관에서 정하고 있는 사항에 관하여 사업자와 고객이 약관의 내용과 달리 개별 약정을 한 경우 개별약정을 우선시 하고 있음을 참조할 수 있을 것이다.³⁶⁾ 비록 웹 사이트상 예약 내지 주문화면에 (최종 구매 버튼과 같이) 이용자의 의사표시 일부가 사전에 마련되어 있다 할지라도 이것이 약관에 해당하지 않는 경우가 대부분이겠지만,³⁷⁾ 약관규제법 제4조가 특별한 것이

35) 약관의 규제에 관한 법률[법률 제15697호, 2018. 6. 12., 일부개정].

36) 이 경우 개별약정이 존재한다는 것을 증명해야 하는 책임은 약관규제법이 적용되어 내용통제가 되는 것을 막으려는 사업자에게 있다(대법원 2014.6.12. 선고 2013다214864 판결; 이병준(2014), 약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용, 가천법학 제7권 제3호, 245면 이하 참조).

37) 이와 달리 몇몇 독일 판례상으로는 비록 약관에 해당하지 않는다 할지라도 약관 규제에 관한 독일 민법 제305조 이하가

일반적인 것에 우선하고 거래계는 구체적인 진술을 신뢰함이 원칙이라는 일반 해석원칙을 표현하고 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 예시사례 2에서 의사표시 상대방은 목적에 부합하게 채워진 입력란의 경우 미리 설정되어 있는 주문 시스템의 요구에 기인하는 것이고, 이와 달리 표의자의 개인적 의견표명이 이뤄진 입력란이 실제 표의자의 의사를 표현하는 것이라고 분명히 인식할 수 있었다. 따라서 법적구속의사가 없음을 개인적으로 표명한 의사표시가 우선하는 것으로 해석함이 바람직 할 것이다.³⁹⁾

3. 개별적 의사표시 내용의 인식가능성

개별적 의사표시 내용이 우선시 된다 할지라도, 사전에 계획된 바와 다른 개별적 의사표시 내용이 의사표시를 수령하는 상대방에게 항상 이목을 불러일으켜야 하는지는 또 다른 문제이다.⁴⁰⁾ 다시 말해 예시 사례 1에서 항공사의 직원이 소비자의 비행 예약 사실을 인지하였던 경우 이 자는 고객이 “아직 모름”이라는 이름의 승객을 위한 예약을 하고자 함이 아니고, 추후 동반여행승객을 지명할 권한을 유보하고자 한다는 점을 인식했어야만 하는지 문제가 검토되어야 한다.

이 문제는 사전에 계획된 바와 다른 개별적 의사표시 내용이 특별히 현저하게 눈에 띄는 경우인지에 따라 달리 해결되어야 할 것이다. 즉 사전에 계획된 바와 다른 개별적 의사표시 내용이 현저하게 눈에 띄는 경우에 의사표시의 객관적 의미에 영향을 줄 수 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 원칙적으로 상대방 측에 의해 계획되고 구성된 주문절차를 별다른 반대 없이 이용하였다면, 그러한 주문절차를 의도대로 진행할 것이라는 상대방의 기대가 가능하기 때문이다. 이를 전제로 온라인상 입력란에 개별적인 의사표시를 한 것이 현저히 눈에 띄는 경우를 세분화하면 아래와 같이 구분할 수 있을 것이다.

i) 예시 사례2에 있어서와 같이 ‘기타 남기실 말씀’과 같은 개별적 의사표시를 위한 입력란이 존재한다면, 표의자는 이 입력란에서 행한 자신의 의사표시가 상대방에 의해 인식될 것이라는 기대를 가질 수 있다. 따라서 메모, 남기실 말씀 등의 명칭을 가지고 있는 입력란에 사전에 정형화된 형태를 벗어나는 의사표시를 하는 것은 항상 현저히 눈에 띈다고 보아야 한다.

유추 적용될 수 있다는 논의가 진행되고 있다. 대개 예약입력란 또는 주문입력란에 주어져 있는 의사표시들은 독일민법 제305조 제1항에서의 “사전에 작성된 계약조건들”에 해당하지 않지만, 독일민법 제305조 이하가 상대방에 의해 사전에 작성된 당사자의 의사표시에 원칙적으로 유추 적용이 가능하다고 한다(BGH NJW 1999, 1864; OLG Hamburg v. 29.07.2009 - 5 U 226/08). 이 견해를 따라가게 되면 개별약정 우위를 규정하고 있는 독일민법 제305조b가 위 예시사례2에 적용되어 사전에 작성된 의사표시 구성부분이 아니라 고객의 개별적 의사표시에 우선적 지위가 부여된다.

38) 개별약정우선 원칙의 의의에 대해서는 최병규(2011), 약관규제법상 개별약정 우선의 원칙에 관한 연구, 경제법연구 제10권 제1호, 211면 참조.

39) 동일한 입장으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 842.

40) 이러한 지적으로 Janal, AcP 215(2015), 830, 842.

ii) 웹사이트 입력란에 사전에 의도된 목적과 다른 의사표시를 행하였는데, 이것이 전후맥락에 있어 낮은 의사표시인 경우에는 원칙적으로 현저히 눈에 띄지 않는 것으로 봐야 할 것이다. 예컨대 “추가 주소”를 입력할 수 있는 입력란에 계약체결과 관련된 법적구속 의사가 없음을 표시한 경우 이를 의사표시 상대방이 항상 인식했어야 했다고 볼 수는 없을 것이다.

iii) 이와 달리 웹사이트 입력란에 사전에 의도된 목적과 다른 의사표시를 행하였는데, 이것이 전후맥락과 연관되어 일어나는 개인적 의사표시인 경우에는 현저히 눈에 띈다고 볼 수 있다. 예시 사례 1에서 성명 입력란에 “아직 모름”이라는 단어를 입력한 것은 고객이 동반승객의 성명을 알려주고자 한 것이 아니기 때문에 그 목적에는 반한다. 그럼에도 불구하고 고객이 나중에 동반승객을 지정할 것을 밝히는 의사표시를 하고자 했기 때문에 “아직 모름”의 입력은 성명입력란과의 관련성이 있다고 볼 수 있다. 다만 앞서 검토하였듯이 사례 1의 경우에는 사람에 의해 판독될 것이라는 정당한 기대를 소비자가 가질 수 없는 경우가 대부분에 해당함을 유의할 필요가 있다.

4. 2번 사례에 대한 최종 해결방안

고객이 자신의 의사표시가 사람에 의해 판독된다는 정당한 기대를 가지고 의사표시를 한다면, 사전에 정형화되어 있는 바와 달리 의사표시를 행하는 것이 현저히 눈에 띄는 경우 중요한 의미를 가지게 된다. 개인적·개별적인 의견을 표명할 수 있는 특별한 입력란이 있거나, 전후맥락과 관련되는 입력란에 그러한 의사표시가 행해지는 경우 현저히 눈에 띈다고 말할 수 있다. 이와 달리 전후맥락과 상관없는 입력란에 기입되는 개별적 의사표시는 눈에 띄지 않는다고 보는 것이 원칙이 되어야 한다. 만약 소비자가 웹사이트 상에서 개별적으로 의사표시를 행한 사항이 현저히 눈에 띄는 것으로 볼 수 있다면, 사전에 특정 지워진 의사표시 내용이 아니라 개별적으로 행해진 내용에 우위가 부여된다. 따라서 예시 사례 2에서의 이용자 의사표시는 대금지불의무를 부담하는 뮤지컬 티켓 주문으로 판단해서는 안 된다.

IV. 결론

지금까지 전자 거래에 있어 발생될 수 있는 하이브리드형 의사표시 내지 복합형 의사표시에 대해 검토한 바를 요약 정리하면 다음과 같다.

전자 거래에 있어서 당사자들의 의사표시는 상당한 정도로 표준화되어 있고, 계약체결을 위해 이용되는 웹사이트 운영자에 의해 사전에 기본 틀이 마련되어 있음이 통상적이다. 소비자가 웹사이트 운영자에 의해 사전에 마련된 의사표시에 개별적 의사표시 사항을 첨가하게 되면, 복합적인 성질의 의사표시가 발생한다. 의사표시의 개별적인 부분과 사전에 작성된 부분이 상호 모순되면, 의사표시 수령자가 표의자의 실제 의사

를 인식했던 경우에 한해 실제 의사가 고려된다. 이 경우 일반적으로 개별적 의사표시 부분이 표의자의 실제 의사에 부합할 것이다.

의사표시 수령자가 표의자의 실제 의사를 인식 하지 않았다면, 하이브리형 의사표시의 객관적-규범적 해석에 대한 문제가 발생한다. 이러한 규범적 해석은 경우에 따라서 상당히 세분화되어 행해져야 한다.

i) 입력란이 투명하게 형성되어 있어 해당 공간에 무엇을 입력해야 하는지가 명확하고, 의사표시의 수령과 의사표시에 대한 수령자의 반응이 누구나 인식할 수 있을 정도로 명백히 자동화되어 있다면, 현재의 기술 수준에 있어서는 사전에 마련된 의사표시 사항에 우위를 두어야 한다. 입력란에 목적에 맞지 않는 입력되는 것을 의사표시 수령자가 반드시 알아야 할 필요는 없다. 특히 의사표시 수령자는 개별적 의사표시 여부를 확인하기 위해 입력란의 내용을 필터링 할 책무를 부담하지 않는다.

ii) 표의자가 의사표시를 함에 있어 자신의 의사표시가 자연인에 의해 판독된다는 정당한 기대를 가질 수 있다면, 사전에 정형화 되어 있는 의사표시와 다른 내용의 개별적 의사표시가 현저히 눈에 띄는 경우 결정적 의미를 가지게 된다. 개인적 의견표명을 위한 특유의 입력란이 있거나, 전후 맥락과 관련된 입력란에 개별적 의사표시를 하는 경우에는 현저히 눈에 띄다고 보아야 한다.

[투고일] 2020. 07. 28

[심사시작일] 2020. 07. 30

[게재확정일] 2020. 08. 31

참고문헌

- 고형석(2018), 인공지능을 이용한 전자적 의사표시의 효력에 대한 고찰, **법학논총 제38권 제4호**, 전남대학교 법학연구소.
- 김세준(2019), 인공지능에 의한 계약의 효력, **외법논집 제43권 제4호**.
- 김진우(2018), 자율시스템에 의한 의사표시의 귀속, **법학논총 제38권 제4호**, 전남대학교 법학연구소.
- 박영목(2019), 원시적 급부장으로 인한 손해배상책임의 근거와 범위, **고려법학 제93호**.
- 박정기(2015), 독일민법에 있어서 원시적 불능 법리의 폐지 -311조의a의 입법과정을 중심으로 -, **법학논고 제50집**, 경북대학교 법학연구원.
- 신지혜(2010), 온라인서비스제공자에 의한 필터링(filtering), **Law & technology 제6권 제4호**, 서울대학교 기술과법센터.
- 윤형렬(2013), 불합의의 종류와 그 법적 취급 - 독일법과의 비교법적 고찰을 중심으로 -, **민사법학 제62호**.
- 이동형(2012), 법률행위 해석방법으로서 자연적 해석과 규범적 해석 검토, **저스티스 통권 132호**, 한국법학원.
- 이병준(2016), 전자상거래에서 부당한 대금 내지 요금 청구와 소비자보호 - 소비자권리지침을 반영한 독일 민법을 중심으로 -, **서울법학 제23권 제3호**.
- 이병준(2014), 약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용, **가천법학 제7권 제3호**.
- 이진면/정민지/이주래/김예은/안치연(2019), 인공지능 스피커에 대한 소비자 인식과 수용의도: 비수용자를 중심으로, **소비자학연구 제30권 제2호**.
- 이충훈(2020), 인공지능(Artificial Intelligence)을 이용한 의사표시의 주체, **법학연구 제30권 제1호**, 연세대학교 법학연구원.
- 정성현(2015), 민법 제535조를 위한 변명, **법학논총 제39권 제3호**, 단국대학교 법학연구소.
- 최명구(1998), 전자적 의사표시의 법적 효력문제, **비교사법 제5권 제1호**.
- 최병규(2011), 약관규제법상 개별약정 우선의 원칙에 관한 연구, **경제법연구 제10권 제1호**.
- 한삼인/정창보(2012), 전자적 의사표시에 대한 민법상 적용문제에 관한 연구, **법학연구 45권**, 한국법학회.
- 황원재(2020), 인공지능 시대의 계약자유 원칙과 법적용상의 문제점, **법학논총 제27집 제1호**, 조선대학교 법학연구원.

Hopperdietzel, Zur Frage der Online-Flugbuchung für Passagier mit der Bezeichnung noch unbekannt, NJW 2012, 600 ff.

Janal, Die Flugbuchung für "Mr. noch unbekannt" und andere widersprüchliche Erklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr, AcP 215(2015), 830, 835.

Palzer, Kein Ticket für „Mr. Noch unbekannt“, Kommentar zu BGH, 16.10.2012 - X ZR 37/12, K&R 2013, 115 ff.

Schinkels, Anm. zu BGH: Auslegung automatisierter Angebots- und Annahmeerklärungen, LMK 2013, 343553.

Stadler, Vertragsschluss übers Internet - Nicht mit "Mr. Noch unbekannt", BGH, 16.10.2012 - X ZR 37/12, 6/2013, JA 2013, 465 ff.

Sutschet, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, NJW 2014, 1041 ff.

| Abstract |

Eine Untersuchung über hybride Willenserklärungen im elektronischen Geschäftsverkehr: widersprüchliche Willenserklärungen des Verbrauchers

Jung, Shindong

Heutzutage ist der Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr durch Schnelligkeit und Bequemlichkeit gekennzeichnet, allerdings auch durch erhebliche Kommunikationsdefizite. Im Vergleich zu Verträgen, die in der realen Welt abgeschlossen werden, ist die Vertragsanbahnung im elektronischen Geschäftsverkehr stark standardisiert, und zwar durch den Unternehmer. So gestaltet der Betreiber der zum Vertragsschluss genutzten Website in der Regel den Rahmen für die Willenserklärungen des Verbrauchers: Der Betreiber der Website entscheidet über die erforderlichen Schritte zum Vertragsschluss, stellt Eingabemasken zur Verfügung und formuliert die Erklärungen der Vertragsparteien. Wenn sich ein Verbraucher jedoch dieser Vorprägung durch den Unternehmer verweigert und die zur Verfügung gestellten Eingabefelder nutzt, um der Erklärung eine individuelle Komponente hinzuzufügen, dann geht es um hybride Erklärungen, die zweierlei Urheber haben. Im vorliegenden Beitrag wurde eine interessante Frage nach der Auslegung der Willenserklärungen behandelt, nämlich danach, welche Auslegungskriterien für solcherart hybride Erklärungen gelten, wenn sich Vorprägung und individueller Ausdruck widersprechen.

Im Regelfall dürfte hierbei die individuelle Komponente der Erklärung dem wirklichen Willen des Erklärenden entsprechen. Dieser Wille ist für die Bedeutung der Erklärung maßgeblich, sofern der Erklärungsempfänger ihn erkennt. Erkennt der Erklärungsempfänger jedoch den wirklichen Willen des Erklärenden nicht, so gebietet das Prinzip des Verkehrs- und Vertrauensschutzes eine objektiv normative Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen.

i) Wenn die Eingabemaske transparent gestaltet ist und die Empfangnahme der Erklärung sowie die Reaktion des Empfängers auf die Erklärung offenkundig automatisiert erfolgt, so kommt dem vorgeprägten Teil der Erklärung bei gegenwärtigem Stand der Technik Vorrang zu. Zweckfremde Eingaben in Feldern der Eingabemaske braucht der Erklärungsempfänger nicht zu erkennen. Vor allem liegt keine Obliegenheit des Unternehmers vor, die Inhalte der

Jung, Shindong | Assistant Professor(Dr. iur.), Department of Law, Gangneung-Wonju National University

Eingabemaske auf individuelle Erklärungen hin zu filtern.

ii) Wenn der Verbraucher seine Erklärung in der berechtigten Erwartung abgibt, sie werde von einem Menschen gelesen, so sind individuelle Abweichungen von der vorgeprägten Erklärung entscheidend, solange diese augenfällig sind. Von Augenfälligkeit kann ausgegangen werden, wenn ein spezifisches Eingabefeld für individuelle Äußerungen vorliegt bzw. wenn die individuelle Erklärung in einem kontextbezogenen Eingabefeld vorgenommen wird.

Keywords: *Hybride Willenserklärungen, Objektive Auslegung, Normative Auslegung, Auslegung der Willenserklärungen, Automatisierungsprozess bei dem Vertragsschluss*