

전자문서법 제7조와 표현대리*

- 대법원 2017다257395 판결의 문제점 -

Article 7 of Korean Electronic Transactions Act and the rule of apparent authority

- the problems with Supreme Court Judgment 2017Da257395 -

김기창(Kim, Keechang)**

목 차

- I. 사실 관계
- II. 사건 진행 경과
- III. 전자문서법 제7조 제2항
 1. 전자문서법과 모델법 간의 비교
 2. 온라인 거래와 표현대리 법리
 3. 합의된 보안 절차가 있을 경우
 4. 합의된 보안 절차가 없을 경우
- IV. 대법원 2017다257395판결의 문제점
 1. 공인전자서명에 대한 과도한 신뢰
 2. 모델법 성안 과정에서 거부되었던 규정
- V. 무단 재발급받은 공인인증서의 효력
- VI. 대부업법 제6조의2 제3항
- VII. 결론



* 크리에이티브 커먼즈 저작자표시-비영리-변경금지 4.0 국제 라이선스위 조건
을 따르는 경우에 한해서 저작물을 복제, 배포, 전송할 수 있습니다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수

요 약

2002년에 개정된 전자거래기본법(이 법의 명칭은 그 후 변경되었으므로, 이하에서는 “전자문서법”이라 함)은 전자문서의 귀속에 대하여 UNCITRAL 전자상거래 모델 법 제13조의 규정을 대체로 수용하여 규정하고 있다. 따라서 당사자 간에 전자문서의 진정 성립을 확인하는데 사용될 절차에 대한 합의가 있을 경우에는 합의된 절차에 따라 해당 전자 문서의 진정성립을 확인하였다면 그 전자 문서는 작성 명의인의 것으로 귀속시킬 수 있는 한편, 그러한 합의된 절차가 없을 경우에는 타인이 작성, 전송한 전자문서를 작성 명의인에게 귀속시키고 그에게 법적 책임을 지울 수 있을지의 문제는 대체로 표현대리 법리와 조화되게 해석, 적용되어야 한다.

최근 선고된 대법원 판례는 당사자 간에 전자문서의 진정 성립을 확인하는 절차에 대한 합의가 없는 경우에, 전자문서를 수령하는 자가 공인인증서와 공인전자서명으로 상대방의 신원을 확인하기만 하면, 설사 그 공인인증서가 불법적으로 (재)발급된 것일지라도 해당 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시키고 그에게 책임을 지울 수 있다고 판시함으로써 민법상 표현 대리의 법리와는 근본적으로 다른 입장을 제시하고 있다.

본 논문은 이러한 대법원 판시가 안고 있는 문제점을 지적하는 것을 목표로 하고 있다.

주 제 어

전자문서의 귀속, 전자문서법, 표현대리, 대리, UNCITRAL 모델법, 공인인증서, 대부업법, 공인인증서 재발급, 본인 확인

1999년에 도입된 전자거래기본법은 우리 전자 상거래를 법적으로 규율하는 기본 토대를 이루는 것이다. 그러나 당시 우리 입법자들은 전자적 정보의 “법적 효력”과 “문서로서의 효력”을 혼동하여 법적 효력에 대해서는 규정도 없는 한편, 전자적 정보가 법령상의 문서 요건(형식 요건)을 어떤 경우에 충족할 수 있는지에 대해서도 아무런 판단 기준을 제시하지 않고 있다.¹⁾ 또한, 수신 확인 요청에 관한 규정 역시 1996년에 UN국제무역법 위원회가 채택한 전자상거래 모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; 이하 “모델법”)의 해당 규정을 축약하는 과정에서 중요한 내용을 누락한 나머지 수신자에게 불측의 손해를 가할 여지가 있기도 하다. 전자거래기본법은 2002년에 대폭 개정되었고, 2012년에는 또다시 광범하게 개정, 보충되면서 그 명칭도 전자문서 및 전자거래기본법(이하 “전자문서법”)으로 변경되었지만 이러한 오류들은 여전히 교정되지 않고 있을 뿐 아니라, 오히려 2002년 개정에서는 전자적 정보의 송신 시점에 관해서 모델법 규정과 교신 기술을 제대로 이해하지 못하여 수신 시점과 송신 시점을 동일하게 규정하는 잘못을 범하기도 하였으며, 2012년 개정에서는 그동안 재화나 용역의 ‘거래’에 한하여 적용되어 오던 전자거래기본법을 아무런 이유도, 설명도 없이 ‘모든 전자문서’에 확대 적용하는 납득하기 어려운 오류를 저지르기도 하였다.²⁾

전자문서법 제7조 역시 1999년에 제정될 당시 우리 입법자는 모델법 제13조를 ‘발취 번역’ 하다가피 조문을 마련하였는데, 이 과정에서 모델법 조문의 중요한 내용이 누락되어 심각한 오류를 안고 있었고(1999년 전자거래기본법 제10조), 이점은 당시 일부 학자들이 이미 지적한 바 있다.³⁾ 그 후 전자거래기본법이 2002년에 대

-
- 1) 전자거래기본법은 전자적 정보가 문서로서의 효력이 일률적으로 “부인되지 아니한다”고만 규정할 뿐, 어떤 경우에 문서로서의 효력이 인정되는지를 전혀 규정하지 않고 있다. 그 결과 대법원은 전자적 정보는 “구체적 사안에 따라 서면[으]로서 유효하다고 보아야 할 경우가 있다”고 판시함으로써 문서로서의 효력이 인정될 때도 있고, 그렇지 않을 때도 있으며 그 판단은 오로지 법원이 사실관계를 종합적으로 검토하여 내릴 수 밖에 없다는 입장이다. 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결
 - 2) 보다 상세한 논의는 김기창, “전자문서 및 전자거래 기본법의 재평가”, 정보 법학, 20권2호 (2016) 참조.
 - 3) 오병철, “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 연세법학연구 제8집, 제2권 (2002), 215-217면. 이철송, “전자거래기본법의 운영상의 제문제점”, 조세학술논집 제 16 호 (2000), 123-127면. 그러나, 최준선, “UNCITRAL 전자상거래 모델법과 우리 나라의 전자거래기본법(안) 비교”, 비교사법 제5권 제2호 (1998), 75면은 1999년 전자거래기본법 제10조가 안고 있던 심각한 문제를 이해하지 못한 나머지, 마치 우리 기본법(1999년 제정 당시) 조항이 “모델법의 내용을 거의 그대로 수용”한 것이라고 착각하고 있다.

폭 개정될 때 이 조항은 모델법을 보다 충실히 반영하도록 개정되었다. 그러나 최근 선고된 대법원 판례는 우리 법원이 이 조항의 의미를 제대로 파악하지 못하고 있으며, 이 조항이 ‘모델’로 삼았던 UNCITRAL 전자상거래 모델법 제13조가 채택 되는 과정에서 이루어졌던 법리적 논의에 대한 배경 지식이 전무한 나머지 이 조항과 민법상의 표현대리 법리 간의 밀접한 관계를 전혀 이해하지 못하고 있음을 보여 준다.

공격자가 고도로 세련된 기망 수법을 동원하여 이용자로부터 필요한 정보를 입수하고, 그 정보를 사용하여 이용자 행세를 하면서 거래를 수행하는 것이 가장 빈번한 온라인 사고거래의 유형이며, 전자문서법 제7조와 모델법 제13조는 바로 이런 상황에서 해당 전자 교신을 어떤 판단 기준에 따라 누구에게 귀속시킬지를 정해 둔 것이므로 이 조항이 실제로 매우 중요하다는 점은 길게 설명할 필요가 없다. 본 논문은 최근 대법원이 판결한 사안(2017다257395)의 사실 관계를 설명하고, 대법원 판례가 안고 있는 문제점을 지적하는 것을 목표로 한다.

전자문서법 제7조와 모델법 제13조는 공격자가 수행한 사고거래 때문에 피해를 입을 가능성이 동시에 생겨난 고객과 금융회사 간에 충돌하는 이해 관계를 기존의 표현대리 법리를 교란하지 아니하면서 대체로 그 법리에 따라 해결하겠다는 입법적 판단을 한 것이지만, 우리 법원이 이러한 입법적 판단을 정확히 이해하고, 해당 조항을 제대로 해석, 적용하고 있는지에 대해서는 적지 않은 의문이 있다.

I. 사실 관계

이 사건 원고들은 구직자들과 사업자들을 연결해주는 인터넷 사이트인 “알바몬”에 자신의 이력서 등을 게시하고 일자리를 찾고 있었다. 박** 등으로 구성된 보이스피싱단(이하, “사기범”)은 알바몬 사이트에서 원고들에게 접근하여 자신을 우리은행 외주 업체 직원이라고 속이고, 우리은행 고객들의 주민등록번호 뒷자리를 별표(*)처리하거나 고객들의 이메일을 삭제 또는 정렬하는 등 이른바 “보안처리작업”을 해주면 소정의 급여를 지급하겠다고 속인 다음, 수천명의 주민등록번호, 이메일 주소 등 개인정보가 담긴 엑셀 파일을 원고들에게 이메일로 전달하고, 그 파일에 있는 주민등록번호 등을 별표처리하는 작업을 일주일 가량 수행하게 하여 원고들이 실제로 아르바이트를 한다고 착각하게 만들었다.

그런 다음 사기범들은 원고들로 하여금 주민등록번호, 주소, 휴대폰 번호 등 원

고들의 개인정보가 담긴 근로계약서를 작성하게 하여 이메일로 전송받고, 원고들의 신분증을 촬영한 사진 이미지도 보내오도록 하여 입수한 다음, 급여를 수령할 통장이 필요하다면서 농협은행 계좌를 원고들이 개설하도록 유도하였다. 원고들이 농협은행 계좌를 개설하자 사기범들은 우리은행 전산팀 직원이라면서 원고들에게 전화를 걸어 급여 이체에 필요하므로 원고들이 농협은행에 개설한 계좌번호, 계좌이체 비밀번호, 보안카드번호 등을 알려달라고 하였고, 원고들은 자신의 고용주의 요청이라고 착각하여 이들 정보를 순순히 제공하였다.

사기범들은 이상 확보한 원고들의 개인정보를 이용하여 원고들 명의의 휴대전화를 추가로 개통하였다. 이어서 농협은행이 공인인증기관의 등록대행기관 자격으로 운영하는 공인인증서 관리 웹사이트에 접속하여, 원고들을 기망하여 미리 입수해 둔 위 모든 정보와 원고들 명의로 자신들이 개통한 휴대전화를 이용하여 공인인증업체가 본인 확인을 위하여 요구하는 절차를 무난히 거쳐감으로써 원고들 명의의 공인인증서(전자서명생성정보 및 인증서)를 온라인상으로 재발급 받는 방법으로 입수하였다.⁴⁾ 그런 다음 사기범들은 원고들 명의의 공인인증서를 사용하여 농협은행에 접속하여 원고들 명의의 “농협은행 모바일 현금카드”(이른바 “앱 카드”)를 온라인으로 신청하여 발급받았다. 뒤에서 보듯이, 모바일 현금카드는 통장이나 플라스틱 카드를 소지하지 않고서도 현금지급기에서 예금을 인출할 수 있도록 해 주는 것이다.

이상과 같은 준비작업을 마친 사기범들은 2015.4.10부터 2015.7.25 사이에 피고 대부업체들이 운영하는 웹사이트에 접속하여 원고들 명의의 공인인증서를 이용하여 원고들을 대차인으로 하는 대부 계약을 온라인으로 체결하였다. 물론, 원고들은 사기범들이 이렇게 자행한 대부 계약 체결 행위를 승인한 바 없고, 그런 계약이 체결되었다는 사실조차 인지하지 못했다. 사기범들에 의하여 대부계약이 체결되는 과정에서 피고 대부업체들 중 일부는 공인인증서에만 의존하여 대부 신청자의 신원을 확인하였고, 다른 일부 업체들은 그에 더하여 신분증 사본을 온라인으로 전송받거나, 대출 신청자 명의의 휴대전화를 통한 추가적 본인 확인 절차를 거치기도 했지만, 사기범들은 이러한 본인 확인 절차에 대응하는데 필요한 모든 정보가 있었으므로 피고 대부업체가 대출 신청자의 신원 확인을 위하여 요구하는 모든 기

4) 국내 고객을 상대로 자행되는 전자금융거래 관련 공격의 가장 흔한 형태가 바로 온라인상으로 공인인증서를 (재)발급받아 이루어지는 것이다. 공인인증서 (재)발급 과정에 대한 상세한 논의는 김기창, “전자금융거래 사고의 책임 - 접근매체 위조, 변조의 의미”, 정보법학, 17권3호 (2013) 참조

술적 절차를 준수하였다.

원고들의 의사에 기하여 대부 계약이 체결되었다고 여긴 피고 대부업체들은 건당 약 300만원, 각 원고 1인당 합계 600만원-1500만원의 대출금을 원고들의 농협은행 계좌에 입금하였고, 사기범들은 대출금이 입금되는 즉시로 이미 입수해 두었던 원고들 명의의 모바일 현금카드를 이용하여 현금 지급기에서 원고들의 농협은행 계좌이체 비밀번호 정보를 제대로 입력하고 이 돈을 모두 인출하여 갔다.

II. 사건 진행 경과

서울중앙지방법원 사건번호 2015가단5343462으로 제기된 제1심 소송에서 원고들은 사기범들이 원고들을 속여서 입수한 정보로 함부로 발급받은 공인인증서를 이용하여 피고 대부업체들과 체결한 대출 계약은 원고들을 구속할 수 없으므로 해당 대출 채무가 부존재한다고 주장하였다. 피고 대부업체들은 전자문서법 제7조 제2항 제2호와 전자서명법 제18조의2를 원용하면서 이 사건 전자문서(대출 신청 내용을 담은 전자문서)의 수신자인 피고 대부업체들이 공인인증서를 통하여 송신자가 작성 명의자 본인인지 여부를 확인한 경우, 수신자는 작성 명의자의 진정한 의사에 의하여 그 전자문서가 작성, 송신된 것으로 믿을 만한 정당한 이유가 있으므로 당해 전자문서에 포함된 의사표시대로 법률행위를 할 수 있고 그렇게 행해진 법률행위의 효력이 부인되어서는 안된다고 주장하였다.

제1심 법원은 원고들 명의의 공인인증서가 부정한 방법으로 발급되었는지 여부에 초점을 맞추어, 공인인증서가 위조 또는 부정 발급되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 공인인증서를 통해 거래상대방이 본인임을 확인하였다면 수신자는 해당 전자문서가 작성자 본인의 것이라고 보고 행위할 수 있겠지만, 이 사건 사기범과 같은 제3자가 거래 당사자의 의식적인 관여나 도움 없이 임의로 거래 당사자 명의의 공인인증서를 발급 받은 경우에는 그러한 공인인증서로 본인확인을 해본들 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 적용될 수 없다고 보아 원고들과 피고 대부업체들 간의 대출 채무 부존재를 확인하는 판결을 하였다.⁵⁾

피고 대부업체들 중 두 업체는 항소를 포기했으나, 나머지 세 업체들의⁶⁾ 항소 제

5) 서울중앙지방법원 2016.11.11 선고, 2015가단5343462 판결

6) 아프로파이낸셜대부(주), 미즈사랑대부(주), 원캐싱대부(주)가 항소하였고, 오케이저축은행(주)와 산와대부(주)는 항소를 포기했다.

기로 진행된 제2심 소송에서도 법원은 제1심 법원의 판단을 대체로 유지하면서 (1) 이 사건 사기범들이 대출 계약 체결에 사용한 원고들 명의의 공인인증서는 원고들의 의사에 기하여 발급된 것이 아니고, (2) 원고들은 비록 사기범들 중 일부와는(기망당한 상태일망정) “연락을 하고 일을 받아 근로계약서를 작성해 주는 등의 신뢰 관계를 형성”하였지만, 실제로 원고들 명의의 공인인증서를 발급받거나, 원고들 명의의 대부 계약을 체결한 사기범들과는 직접 관계를 맺은 바 없다는 점을 지적하고, (3) 타인의 명의를 도용하여 공인인증서를 발급받아 대출을 받는 범죄가 적지 않게 발생하고 있는 현 실정을 감안할 때 피고 대부업체들이 공인인증서에만 의존하여 본인확인을 하였다면, 이 사건 대출 계약에 관한 전자문서가 “원고 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 피고들이 그것이 해당 원고 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는자에 의하여 송신된 경우에 해당한다고 보기 어렵다”고 판단하여 항소를 모두 기각하였다.⁷⁾

항소인들이 상고하여 2017다257395 사건으로 제기된 상고심에서 대법원은 공인인증기관이 발급한 공인인증서에 의하여 본인임이 확인된 자에 의하여 송신된 전자문서는, 설령 본인의 의사에 반하여 작성, 송신되었다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 적용되므로 수신자는 전화 통화나 면담 등의 추가적 본인확인절차 없이도 전자문서에 포함된 의사표시를 작성 명의자의 것으로 보아 법률행위를 할 수 있으며, 공인인증서가 원고들의 의사와는 무관하게 부정한 방법으로 재발급되었다고 마찬가지라고 판단하고 원심판결을 파기 환송하였다. 나아가 대법원은 대부업법 제6조의2 제3항을 언급하면서, 공인인증서를 이용하여 거래 상대방 또는 보증인인지 여부를 확인하고 인터넷으로 중요사항을 직접 입력하게 한 경우에는 해당 사항을 “거래 상대방...이 자필로 기재하게 한 것으로 보아야 한다”고 실시하면서 이점도 이 사건 대부 계약의 효력을 인정하는 추가적 논거로 삼고 있다.⁸⁾

이하에서는 전자문서법 제7조 제2항 제2호의 의미를 설명하고, 위 대법원 판결의 문제점을 지적하고자 한다.

7) 서울중앙지방법원 2017.8.9 선고, 2016나80085 판결

8) 대법원 2018.3.29 선고, 2017다257395판결(주심 박상옥 대법관). 대법원 2015.10.29 선고, 2014다11161 판결도 판결 요지 자체는 대체로 유사하지만, 해당 대법원 판결 자체에는 사실관계가 드러나지 않고, 하급심 판결을 입수하지 못하여 과연 2017다257395판결과 같이 볼 수 있는지를 확인할 수는 없었다.

Ⅲ. 전자문서법 제7조 제2항

전자문서법 제7조 제2항은 다음과 같다.

② 전자문서의 수신자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 전자문서에 포함된 의사표시를 작성자의 것으로 보아 행위할 수 있다.

1. 전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기 위하여 수신자가 미리 작성자와 합의한 절차를 따른 경우
2. 수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우

이 조항은 모델법 제13조 제3항의 규정을 참조하고 일부 변용하여 2002년에 전자거래기본법 개정법률로 도입된 것이다. 모델법에서 말하는 “데이터 메시지(data message)”를 우리법에서는 “전자문서”라고 표현하고 있는바, 이점을 감안하여 모델법 제13조 제3항을 소개하면 다음과 같다:⁹⁾

제13조(전자문서의 귀속) (3) 전자문서의 송신자와 수신자 간의 관계에서, 수신자는 다음 경우에는 그 전자문서를 송신자의 것으로 보고 행위할 수 있다:

- (a) 그 전자문서가 송신자의 것인지를 확인하기 위하여 수신자가 송신자와 사전에 그 용도로 합의한 절차를 제대로 적용한 경우; 또는
- (b) 수신자가 수령한 전자문서가 송신자가 자신의 전자문서임을 표시하는데 사용하는 방법을 송신자 또는 그 대리인과의 관계에 기하여 입수할 수 있었던 자의 행위로 생겨난 것인 경우

9) Article 13 (Attribution of data messages) (3) As between the originator and the addressee, an addressee is entitled to regard a data message as being that of the originator, and to act on that assumption, if:

- (a) in order to ascertain whether the data message was that of the originator, the addressee properly applied a procedure previously agreed to by the originator for that purpose; or
- (b) the data message as received by the addressee resulted from the actions of a person whose relationship with the originator or with any agent of the originator enabled that person to gain access to a method used by the originator to identify data messages as its own.

우리 전자문서법 제2조 제3호는 “작성자”를 지극히 단순하게 정의하여 “‘작성자’란 전자문서를 작성하여 송신하는 자를 말한다”라고만 하고 있으므로, 당해 전자문서를 실제로 작성하여 송신하는 자가 작성자라고 오해할 여지도 있지만, 이는 명백한 입법의 오류이므로 현행 전자문서법의 “작성자” 정의 규정은 시급히 개정되어야 한다.¹⁰⁾ 이 사건 사기범들과 같은 공격자가 피해자 명의를 함부로 사용하여 피해자 명의의 전자문서를 작성하여 송신한 경우 그런 전자문서를 피해자의 것으로 볼 수 있는지에 관한 문제가 바로 전자문서의 귀속(attribution)에 관한 문제이므로, 전자문서법 제7조에서 말하는 “작성자”는 전자문서를 실제로 작성, 송신한 자를 지칭하는 것이 아니라, “전자문서의 작성자라고 표시되거나 제시된 자” 또는 해당 전자문서의 “작성 명의자”로 표시되거나 제시된 자를 말한다. 모델법은 이점을 보다 분명히 나타내고 있는바, 모델법 제2조 (c)항에 따르면, “송신자(Originator)”는 중계인을 제외하고 “전자문서를 전송 또는 [...] 작성한 자라고 표시되거나, 전자문서의 효력이 귀속되는 자라고 제시된 자”를 뜻한다.¹¹⁾

모델법 제13조 제3항을 참조하여 2002년에 개정된 전자문서법 제7조 제2항은 명의인도 아니고 명의인을 대리할 권한도 없는 자(“무권한자”)가 작성, 송신한 전자문서를 어떤 경우에 명의인의 전자문서라고 볼 수 있는지를 규정한 것인데, 모델법과 전자문서법은 공히 다음 두가지로 경우를 나누어 무권한자가 작성한 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킬 수 있는지를 차등적으로 규정하고 있다.

첫째, 제7조 제2항 제1호는, 전자문서의 작성 명의자와 수신자 간에 미리 합의된 절차(전자문서의 진정성립 여부를 확인할 용도로 당사자 간에 합의된 절차)가 있을 경우에는 수신자가 그 합의된 절차에 따라 해당 전자문서의 진정성립 여부를 확인하면, 수신자는 그 전자문서를 작성 명의자의 것으로 보고 행위할 수 있도록 규정한다. 예를 들어, 이 사건의 쟁점은 아니었지만, 원고들과 농협은행 간에는 그러한 합의가 존재한다. 농협은행 계좌를 개설하는 이유에 대해서는 비록 착오가 있었지만, 계좌 개설 자체는 원고들 스스로가 적법하고 유효하게 수행하였기 때문이다. 따라서 각 원고들과 농협은행 간에는 예금고객이 작성, 송신할 전자문서의

10) 우리 전자문서법은 UNCITRAL 전자상거래 모델법을 참조하여 도입된 규정들을 많이 포함하고 있으나, 전자문서법 규정들 중 상당수는 매우 심각한 오해 또는 오류를 포함하고 있다. 상세한 논의는 김기창, “전자문서 및 전자거래 기본법의 재평가”, 정보 법학, 20권2호 (2016) 참조.

11) (c) “Originator” of a data message means a person by whom, or on whose behalf, the data message purports to have been sent or generated prior to storage, if any, but it does not include a person acting as an intermediary with respect to that data message.

진정성립을 확인하는 절차에 대한 다음과 같은 합의가 존재한다(농협은행 전자금융 서비스 이용약관 제5조 제1항):¹²⁾

① 농협은 서비스 이용 시 마다 다음에 열거된 사항이 사전에 농협에 등록된 자료와 일치할 경우 서비스 이용자를 신청인 본인으로 인정하고 서비스를 제공한다.

1. 인터넷뱅킹 : 자금이체를 수반하지 않는 거래는 이용자ID와 비밀번호 또는 계좌(또는 카드)번호와 비밀번호로, 자금이체를 수반하는 거래는 공인인증서암호, 자금이체비밀번호, 보안카드비밀번호 또는 일회용비밀번호발생기(OTP)에서 생성되는 비밀번호, 출금계좌비밀번호. 단, TV뱅킹, 개인 이용자는 자금이체비밀번호 확인을 제외한다.

2. 텔레뱅킹 : 자금이체를 수반하지 않는 거래는 계좌번호와 계좌비밀번호로, 자금이체를 수반하는 거래는 텔레뱅킹 자금이체비밀번호, 보안카드 비밀번호 또는 일회용비밀번호발생기(OTP)에서 생성되는 비밀번호, 출금계좌 비밀번호.

이러한 합의가 있는 경우에는 합의된 절차를 준수하여 해당 전자문서의 진정성립 여부를 수신자가 확인한 이상 그 전자문서는 작성 명의인의 것으로 귀속시킬 수 있다는 것이 전자문서법 제7조 제2항 제1호가 규정하는 바다. 따라서 만일 어떤 공격자가 인터넷 뱅킹을 통하여 원고들 명의의 공인인증서를 이용하는데 필요한 암호(공인인증서암호), 자금이체 비밀번호, 보안카드 비밀번호 또는 OTP생성기에서 생성되는 비밀번호, 출금계좌비밀번호를 모두 제대로 입력하고 이체 지시를 담은 전자문서를 생성, 전송한 경우라면, 이를 수신한 금융회사는 해당 이체 지시를 원고의 것으로 보고 행위할 수 있다. 물론, 해당 전자문서가 이처럼 작성 명의자의 것으로 귀속됨으로써 작성 명의자에게 손해가 발생할 경우, 그 손해를 누가, 어떤 경우에 배상해야 하는지는 전자금융거래법 제9조의 문제가 될 것이지만, 본 논문은 전자금융거래법 제9조에 기한 배상 책임 문제를 다루고자 하는 것은 아니다.

둘째, 전자문서의 작성 명의자와 수신자 간에 미리 합의된 절차가 없을 경우에는 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 적용된다. 이 사건 원고들과 피고 대부업체들 간에는 이 사건 대부 계약 전에 미리 존재하는 합의된 절차(전자문서의 진정성립 여부 확인에 사용하기로 양자 간에 합의된 절차)는 없다. 따라서 공격자(무권한자)가 작성, 송신한 (대부 신청을 내용으로 하는) 전자문서를 과연 작성 명의자(원고)에게 귀속시킬 수 있는지는 전자문서법 제7조 제2항 제2호에 따라 판단되어야 한다.

12) <https://ibz.nonghyup.com/content/html/sg/help.html?url=/sg/icsg9041c.html>(2018.7.6 접속)

전자문서법 제7조 제2항 제2호와 모델법 제13조 제3항(b)에 대한 국내의 학자들의 견해는 이 규정들이 민법 또는 계약법 상의 대리 및 표현대리에 관한 기존 법리를 부정하거나 변경하는 취지가 아니라는 점에 이견이 없다. 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 개정될 무렵, 이 조항(당시, 산업자원부가 제안한 ‘개정안’)에 대하여 김재형 교수(현 대법관)께서는 “이것은 민법의 표현대리 규정에 의하여 해결될 것이므로 이러한 규정을 둘 필요가 없을 것이다. 그리고 이러한 규정을 두더라도 표현대리의 모든 경우를 포괄하지도 못하기 때문에 이런 규정을 두는 것은 바람직하지 않다”는 견해를 표명한 바 있다.¹³⁾

모델법 제13조 제3항에 대해서 이철송 교수 역시도 이 조항은 표현대리 법리를 부인하려는 것이 아니라, 표현대리 법리가 엄연히 적용됨을 당연히 전제한다고 보면서 다음과 같이 설명하고 있다.¹⁴⁾

[모델법 제13조 제3항]의 외관을 갖춘 경우에는 작성자가 송신한 것으로 추정(presumption)함으로써 작성을 부인하는 작성자에게 위조에 대한 입증책임은 지우는 것이다. 그리하여 작성자가 위조임을 증명하였다면, 다음 단계에서는 일반 표현대리의 법리에 따라 작성자에게 귀책사유가 있는 경우 문서의 내용에 따른 책임을 물을 수 있을 것이다.

본 사건의 경우, 사기범들이 체포되어 수사를 받고 처벌까지 되었으므로 원고들 명의로 대부 신청을 하는 내용을 담은 해당 전자문서가 위조(위작)되었다는 점은 충분히 입증되었을 뿐 아니라, 당사자 간에 다툼이 없다. 따라서, 것처럼 위조된 전자문서를 그래도 작성 명의자의 것으로 보고 그에게 해당 전자문서의 내용에 따른 법적 책임을 지울 수 있을지의 문제는 “일반 표현대리의 법리에 따라” 해결되어야 한다는 것이 국내 학자들의 일치된 의견이다.

모델법의 공식 주석에 해당하는 입법 안내서(Guide to Enactment) 제92항 역시 모델법 제13조는 일정한 경우에 해당 전자문서를 작성 명의인의 “것”으로 귀속시킬 수 있음을 정할 뿐이고, 그 작성 명의인이 그 문서의 내용대로 법적 책임을 져야하

13) 김재형, “전자거래에서 계약의 성립에 관한 개정방안”, 전자거래법제 개정실무위원회 편, 전자거래법제의 개정착안집 (2001), 11면.

14) 이철송, “전자거래기본법의 운영상의 제문제점”, 조세학술논집 제 16 호 (2000), 125면. 보다 상세한 설명과 당시 전자거래기본법 개정 방안에 대해서는 이철송, “전자거래기본법의 개정방향 - 전자문서를 중심으로”, 인터넷 법률 제 5 호 (2001) 18-21면 참조.

는지의 문제는 각 국가의 기존 법리(예를 들어 대리 및 표현대리에 관한 법리)에 따라 결정되어야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 해당 부분은 다음과 같다(밑줄은 필자가 추가):¹⁵⁾

제13조의 초기 초안에는 전자문서를 송신자의 것으로 귀속시키는 문제는 그 전자문서의 법적 효과와는 무관하며, 법적 효과는 각 국내법상 적용될 법규에 따라 판단되어야 한다는 원칙을 담은 추가 조항이 있었다. 그러나 결국에는 그 원칙을 모델법 자체에 표현할 필요는 없지만 본 입법안내서에 언급해야 할 것으로 보았다.

모델법 성안 과정에서 생성된 준비작업(Travaux préparatoires) 문건 역시도 모델법이 각국의 기존 계약법 법리들을 변경하거나 그와 달리 정하려는 것이 아님을 분명히 하고 있다:¹⁶⁾

[1995년5월에 개최된 제28차 회의에서] 모델법의 목적이 계약법의 기존 법리들로부터 벗어나려는 것이 아니라는 점이 다시 환기되었다 (“It was recalled that it was not the purpose of the Model Law to deviate from existing rules of the law of contracts.”)

물론, 전자문서법 제7조 제2항 제2호는 모델법 제13조 제3항(b)와 표현상 약간의 상이점이 있다. 모델법 조항은 “송신자가 자신의 전자문서임을 표시하는데 사용하는 방법을 송신자 또는 그 대리인과의 관계에 기하여 입수할 수 있었던 자의 행위로 생겨난” 전자문서에 한하여 이를 송신자의 것으로 귀속시킬 수 있도록 규정하는데 반하여, 우리 전자문서법 해당 조항은 “작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자”에 의하여 송신된 전자문서를 작성자의 것으로 귀속시키도록 규정한다. 이점을 아래에서 조금 더 설명한다.

15) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 (New York, 1999), 제92항, 51면.

16) Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-eighth session (2-26 May 1995) (A/50/17), 제278항 (59면).

1. 전자문서법과 모델법 간의 비교

모델법 조항의 경우 송신자 또는 그 대리인과의 관계, 예를 들어, 고용 관계, 가족 관계, 동거 관계, 여타의 계약 관계 또는 기본 대리권(당해 전자문서를 작성할 권한이 아니라) 수여 관계 등을 계기로 하여 또는 그러한 관계로 인하여 “송신자가 자신의 전자문서임을 표시하는데 사용하는 방법”(예를 들어 비밀번호 등)을 입수하게 된 자가 그를 이용하여 생성, 전송한 전자문서를 대상으로 삼는다. 한편, 우리 전자문서법의 경우에는 “작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여”라는 요건은 모델법과 사실상 같지만 무권한자가 해당 전자문서를 어떻게 작성할 수 있게 되었는지를 언급하지는 않고, 해당 전자문서를 작성한 무권한자가 “작성자 또는 그 대리인의 의사에 기[하여 해당 전자문서를 작성]한 것이라고 믿을 정당한 사유가 있는 자”인지만을 기준으로 삼아 그런 자가 작성한 전자문서는 모두 (즉, 작성 명의자가 자신의 전자문서임을 표시하는데 사용하는 방법을 무권한자가 입수하여 사용했는지, 아니면 다른 어떤 방법을 사용했는지를 따지지 아니하고) 이를 작성 명의자의 것으로 귀속시키도록 규정하고 있다.

따라서 전자문서법 조항은 모델법 조항보다 귀속 가능 범위가 약간 더 넓게 규정되어 있다고 볼 여지는 있다. 그러나 양자 간에 차이가 없는 부분은 “작성자/송신자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여”라는 요건이다. 이 사건 사기범들 중 일부는 원고들에게 접근하여 마치 원고들과 고용계약을 체결하고 고용주가 될 것처럼 속임으로써 원고들로부터 일정한 정보를 입수한 자들이며, 다른 공범들은 이들로부터 해당 정보를 전달받아 피고 대부업체와 원고들 명의의 대출 계약 체결 절차를 수행한 자들이다. 하지만 어느 경우건 이 사건 사기범들과 원고들 간에는 적법한 (고용) 계약 관계나 기본 대리권 수여 관계 등이 전혀 존재하지 않는다는 점에서 차이가 없다. 비록 고용계약서로 보이는 문건이 작성되어 사기범들 중 일부에게 제출되긴 했지만, 해당 사기범들과 이 사건 원고들 간에는 유효한 고용 계약을 체결하고자 하는 “의사의 합치” 자체가 아예 존재하지 않았고 오로지 일방이 상대방을 기망하기 위한 수단으로만 고용계약서처럼 보이는 문건을 작성하게 한 것이기 때문이다.

전자문서법 제7조 제2항 제2호가 말하는 “작성자...와의 관계”는 고용 관계, 가족 관계, 동거 관계, 기타의 계약 관계, 기본 대리권(당해 전자문서를 작성할 대리권이 아니라) 수여 관계 등을 지칭한다는 점은 일단 의문이 없다. 그러나, 이러한 정상적

관계가 전혀 없는 자가 작성 명의자를 속여서 접근하여 형성된 기망적이고 범죄적인 관계(가해자-피해자로서의 관계)까지도 전자문서법이 말하는 “작성자 ...와의 관계”에 해당하는 것으로 해석할 수 있을지는 의문스럽다. 만일 이처럼 오로지 사기 수단으로만 형성되었을 뿐, 다른 어떠한 정상적 관계도 없는 경우까지도 위 법조항이 말하는 “작성자...와의 관계”라고 해석할 경우, 작성 명의자와는 그야말로 “아무 관계도 없는” 절도범이나 강도범이 작성 명의자의 보안카드 등을 절취하거나, 강탈하여 그것으로 전자문서를 작성, 송신한 경우에도 가해자-피해자로서의 “관계”가 있으므로, 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 말하는 “작성자 ...와의 관계”에 의하여 해당 전자문서를 작성하게 된 것으로 봐야 한다는 주장마저도 가능하게 될 것인바, 이런 해석은 설득력이 없어 보인다.

그뿐 아니라, 전자문서법 제7조 제2항 제2호는 문서를 실제로 생성, 전송한 자와 작성명의자 간에 “관계”만 있다고 해서 충족되는 것이 아니라, 그러한 관계에 의하여 그 자의 당해 전자문서 생성, 전송이 “작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것”이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자”라야 한다. 작성 명의자와는 어떠한 정당한 관계도 없고, 오로지 절도, 강도, 사기 등의 수단으로 작성 명의자에게 ‘접촉’, ‘접근’하여 그로부터 필요한 정보나 방법을 강탈 또는 사취하여 입수한 자에 대하여 그 자의 전자문서 생성, 전송 행위가 “작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것”이라고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 자”라고 판단하는 것은 어느모로 보나 상식을 벗어난 것이다.

2. 온라인 거래와 표현대리 법리

전자문서법 제7조는 민법상 표현대리 법리를 부정하거나 변경하기 위한 조항이 아니라는 점은 이미 지적한 바와 같다. 전자문서법 제7조 제2항 제2호는 행위자(무권한자)와 작성 명의자와의 “관계”가 있을 것, 그리고 행위자가 “작성 명의자의 의사에 기하여 당해 전자문서를 작성했을 것”이라고 믿을 만한 정당한 이유”가 있을 것을 요건으로 하여 무권한자가 작성한 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시키고 있는바, 이 규정은 민법상 표현대리 법리와 충돌되지 않도록 해석, 적용되어야 한다.

물론, 민법상 표현대리 법리는 대리 행위라는 점이 표시된 경우에 적용되는 것이 원칙이다(현명 주의). 예를 들어 권한 유일의 표현대리에 관한 민법 제126조에 대하여 대법원은 “표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으

로 표시하거나 대리인임을 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 모용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립될 수 없다”고 판시한 바 있다.¹⁷⁾ 이러한 판시 내용을 기계적으로 적용할 경우, 무권한자가 작성 명의자 행세를 하면서 온라인상으로 (비대면) 거래를 수행하는 경우에는 대리 행위라는 점이 상대방에게 표시되지 않으므로 이러한 거래에 대해서는 표현대리 법리가 애초에 적용될 수 없다는 주장도 물론 불가능하지는 않을 것이다.

그러나, 다른 한편, 실제로 대리인이 대리 의사를 가지고, 본인으로부터 제공받은 접근 매체 등을 사용하여, 본인을 위하여 전자거래를 수행할 경우에도 대리 행위라는 점을 굳이 표시하지 않고 본인의 이름으로 (본인이 직접 수행하는 것과 동일하게) 거래가 수행되는 것이 일반적이라는 점도 고려할 필요가 있다. 오프라인상의 거래에서도 우리 법원은 현명 주의를 고집하지 않고 오래 전부터 “대리인은 반드시 대리인임을 표시하여 의사표시를 하여야 하는 것이 아니고 본인 명의로도 할 수 있다”고 판시해 왔다.¹⁸⁾ 또한, 대법원은 무권한자가 본인 행세를 하면서 마치 본인이 직접 거래하는 듯 거래한 경우에도 예외적으로 표현대리의 법리를 적용하여 본인에게 책임을 묻기도 한다.¹⁹⁾ 이런 모든 점들을 종합적으로 감안하면, (사전에 합의된 아무런 보안 절차도 없을 경우) 전자문서에 의존하여 이루어지는 비대면 거래에서는 비록 대리 행위라는 점이 표시되지 않은 경우에도 표현대리의 법리를 적용하여 본인에게 책임을 물을지 여부를 판단해야 한다는 입장이 더욱 타당하다고 봐야 할 것이다.

민법상 표현대리는 행위자에게 대리권이 존재하는 듯한 외관을 만들어내는 과정에 본인, 즉 명의자가 어느 정도 기여한 바 있을 경우에만 인정된다. 예를 들어 (실제로 대리권이 수여되지는 않았지만) 행위자에게 대리권이 수여되었다는 통지를 본인이 거래 상대방에게 직접 또는 간접적으로 한 경우라거나(민법 제125조), 행위자에게 어느 정도의 기본 대리권(당해 법률행위를 할 대리권은 아니지만)이 실제

17) 대법원 2002. 6. 28 선고 2001다49814 판결. 같은 취지의 판시는 대법원 2009. 2. 26 선고 2007다30331 판결, 대법원 2009. 11. 12 선고 2009다46828 판결 등에서도 일관되게 반복된다.

18) 대법원 1963. 5. 9 선고 63다67 판결, 대법원 1987. 6. 23 선고 86다카1411 판결 등 참조.

19) 1988. 2. 9 선고 87다카273 판결, 대법원 1993. 2. 23 선고 92다52436 판결 등은 모두 대리 행위 임이 표시되지 않았고, 대리인이 본인임을 사칭하고 본인을 가장하여 상대방과 거래한 경우임에도 표현 대리의 법리를 적용한 사례이다.

로 부여된 경우라거나(민법 제126조), 행위자에게 과거에는 대리권이 실제로 있었던 경우(민법 제129조)에만 본인에게 책임을 지을 수 있는 가능성이 비로소 생기게 된다. 행위자에게 대리권이 있는 듯한 외관을 창출함에 있어서 본인의 ‘의식적인’ 기여나 개입이 전혀 없었고, 본인을 대리할 어떠한 기본적 대리권도 없는 자가 오로지 절도, 강도, 사기 등의 수단에만 의존하여 본인 행세를 하거나, 자신에게 본인을 대리할 권한이 있는 듯한 외관을 스스로 만들어낼 경우, 거래의 상대방이 보기에 그러한 외관이 아무리 완벽하더라도 본인에게 책임을 지을 수는 없다는 것이 표현대리 법리를 관통하는 대원칙이다. 전자문서법은 이러한 민법상 표현대리 법리의 대원칙을 변경하려는 것이 아님을 유념할 필요가 있다.

3. 합의된 보안 절차가 있을 경우

이상 논의를 요약하자면, 무권한자가 생성, 전송한 전자문서는

- i) 작성 명의자와 수령자 간에 미리 합의된 절차(전자문서의 진정성립 확인 절차)가 있을 경우에는 수령자가 그러한 합의된 절차에 따라 그 전자문서가 작성 명의인의 것임을 확인하였다면, 실제로는 누가 작성했건간에 작성 명의인의 것으로 귀속시킬 수 있는 반면(전자문서법 제7조 제2항 제1호),
- ii) 이 사건 대부 계약 청약 및 승낙 절차와 같이, 작성 명의자인 원고와 피고 대부업체들(수령자) 간에 미리 합의한 절차가 전혀 없는 상태에서 무권한자가 생성하여 전송한 전자문서의 경우에는 (1)작성 명의자 또는 그 대리인과 무권한자 간의 ‘관계’가 무엇인지, 그리고 (2)그 관계에 비추어 볼 때 무권한자에게 해당 전자문서를 작성할 권한이 있다고 믿을 만한 ‘정당한 이유’가 있는지를 판단하여 그 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킬지 여부를 결정해야 한다(전자문서법 제7조 제2항 제2호).

이처럼 작성 명의자와 수령자 간에 미리 합의해 둔 보안 절차가 존재하는지 여부를 기준으로 전자문서의 귀속 관계를 다르게 정해 두는데에는 충분히 납득 가능한 근거가 있다. 당사자 간에 전자문서의 진정성립을 확인하는 절차를 합의해 둔 경우에는 합의된 절차에 따라 전자문서의 귀속을 정하는 것이 타당한 이유로는 다음 두가지를 들 수 있다.

첫째, 대리나 표현대리에 관한 규정들은 강행법규가 아니므로, 당사자들이 행위자의 법률행위를 명의자에게 귀속시키는데 요구되는 조건과 기준을 관련 법 규정

과는 다르게 합의할 경우 그 합의가 우선 적용된다. 전자거래의 당사자들 간에 정해진 절차에 따라 전자문서의 진정성립을 수령자가 확인하면 그 전자문서는 작성 명의자의 것으로 보기로 당사자들이 합의한 경우 그러한 합의는 원칙적으로 유효하므로, 그 합의가 적용되는 범위 내에서는 표현대리에 관한 법규정은 적용되지 않는다. 합의된 절차에 따라 수령자가 전자문서의 진정성립을 확인한 이상, 그 전자문서를 실제로 작성한 자에게 본인을 대리할 권한이 있는지 여부를 검토할 필요도 없고, 그자와 작성 명의자 간에 기본 대리권이 있었는지 등을 검토할 필요도 없으며, 당해 전자문서를 실제로 작성한 자에게 작성 명의자를 대리할 권한이 있다고 수령자가 믿을 “정당한 이유”가 있는지 여부도 별도로 검토할 필요는 없게된다. 이런 경우에 표현대리 법리가 이처럼 배제되는 이유는 그것이 전자거래이기 때문이 아니라, 당사자들이 표현대리 법리의 적용을 배제하기로 합의한 것으로 보아야 하기 때문이다.²⁰⁾

둘째, 당사자들 간의 이러한 합의를 원칙적으로 유효한 것으로 보고 그 합의 내용대로 효력을 부여하는 것이 타당한 이유는 당사자들에게 적어도 선택의 여지가 있었고, 일방이 제안한 보안 절차가 만족스럽지 않을 경우 타방은 그러한 상대방과는 애초에 거래 관계를 맺지 아니하기로 선택할 수도 있었기 때문이다. 예를 들어, 예금 계약을 정상적으로 체결한 고객은 해당 금융회사가 전자금융거래 약관으로 제시하는 보안 절차를 검토하고 계약 체결 여부를 자신의 판단으로 결정할 ‘가능성’은 적어도 있었던 자이다. 따라서 (그자가 약관에 제시된 보안절차를 실제로 검토했는지 여부와는 무관하게) 당사자 간 합의의 일부를 이루는 약관에 제시된 보안 절차를 적용하여 수령자가 전자문서의 진정성립을 확인하였다면, 그러한 전자문서는 작성 명의자에게 귀속시키는 것이 타당한 것이다. 물론, 이 경우에도 해당 전자문서가 고객의 의사에 기한 것이 아님을 사업자가 알았거나, 중대한 과실로 알지 못한 경우에는 사업자가 해당 약관 규정에 기대어 책임을 면할 수는 없을 것이고, 애초에 해당 약관 조항 자체가 고객에게 부당하게 책임을 전가하는 내용이라면 그런 약관 조항은 무효가 될 것이지만, 이러한 논점들은 본 논문의 논의 범위를 넘어서는 것들이다.

20) 오프라인 거래에서도 이러한 합의는 유효하게 맺어질 수 있다.

4. 합의된 보안 절차가 없을 경우

반면에, 작성 명의자와 수령자 간에 보안 절차에 대한 합의가 아예 존재하지 않은 경우라면 전자문서를 작성 명의자에게 귀속하는 문제는 완전히 달라야 할 것이다. 이 사건 피해자인 원고들과 피고 대부업체 간에는 어떠한 계약 관계도 미리 존재하지 않았고, 원고들은 피고 대부업체가 제안, 채용하는 보안 절차를 검토해볼 기회도 없었고, 계약 체결 여부를 자신의 판단으로 결정할 ‘가능성’조차 없었던 자들이다. 이런 경우에게까지도 수령자(이 사건 대부업체)가 일반적으로 채택한 공인인증서(만)에 의존한 본인 확인 절차가 “어느 정도 믿을만하다”는 등의 이유만으로 공격자가 함부로 작성한 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킨다면, 이는 작성 명의자의 거래 선택과 해당 거래에 수반하는 보안 위험을 부담할지 여부에 대한 판단의 기회 자체를 애초부터 박탈하는 결과로 될 것이다.

더욱이, 현재 국내 금융거래의 경우 고객에게 금전적 부담이 가거나, 고객이 채무를 부담하게 되는 거래(이체 지시 또는 대출 신청)의 경우, 공인인증서만으로 해당 거래 지시 또는 청약 내용을 담은 전자문서의 진정 성립 여부를 확인하는 경우는 지극히 드물고, 공인인증서에 더하여 이체비밀번호, 보안카드 번호 또는 일회용 비밀번호 생성기가 생성하는 비밀번호 등을 추가로 적용하는 것이 일반적이라는 점 또한 지적되어야 한다. 따라서 이 사건 피고 대부업체들이 채택하는 (공인인증서 만에 의존하는) 보안 절차는 국내의 거래 관행에 비추어 보더라도 이례적으로 단순, 허술한 것이라고 볼 여지도 있다. 공인인증서는 공격자에 의한 부정발급 시도가 워낙 광범하게 이루어지고 있고, 인증서 파일 및 인증서 비밀번호(이 또한 공격이 쉬운 고정암호이다)가 유출될 위험 또한 매우 높다는 점은 이미 널리 알려진 사실이다.²¹⁾

IV. 대법원 2017다257395판결의 문제점

대법원 2017다257395판결은 사기범들이 피고 대부업체들의 웹사이트에 접속하여 원고들 명의로 전자적으로 체결한 대부 계약을 원고들에게 귀속시킬 수 있다고 판단하면서, 공인전자서명의 추정력을 규정한 전자서명법 제3조 제2항, 다른 법률

21) 김기창, “전자금융거래법상 ‘이용자의 중대한 과실’ - 대법원 2013다86489 판결의 문제점”, 정보법학, 18권3호 (2014) 197-198면.

이 달리 규정하지 않은 한 공인인증서에 의하여 본인임을 확인할 수 있다고 정하는 전자서명법 제18조의2를 언급한 다음, 아래와 같이 실시하고 있다:

이러한 규정들의 내용과 전자문서 및 전자거래의 안전성과 신뢰성을 확보하고자 하는 그 입법목적 등을 종합하여 보면, 전자문서에 의한 거래에서 공인인증기관이 발급한 공인인증서에 의하여 본인임이 확인된 자에 의하여 송신된 전자문서는, 설령 본인의 의사에 반하여 작성, 송신되었다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한 전자문서법 제7조 제2항 제2호에 규정된 ‘수신된 전자문서가 작성자 또는 그 대리인과의 관계에 의하여 수신자가 그것이 작성자 또는 그 대리인의 의사에 기한 것 정당한 이유가 있는 자에 의하여 송신된 경우’에 해당한다고 봄이 타당하다.

이 실시는 전자문서법 제7조 제2항 제2호에 의존하면서도 (1)전자문서를 생성, 전송한 무권한자와 작성 명의인 간의 “관계”가 무엇인지를 아예 언급도 하지 않고, 고려에 넣지도 아니하였고, (2) 해당 전자문서가 작성 명의인 또는 그 대리인의 의사에 기한 것이라고 믿을 “정당한 이유”가 있는 자가 작성, 전송한 것인지 여부는 반드시 그 “관계에 의하여”, 즉, 무권한자와 작성 명의자 간의 관계를 고려하여 판단해야 함에도 불구하고, 그 관계와는 무관하게 전자서명법의 일부 조항과 전자문서법과 전자서명법의 입법목적 등을 종합하여 정당한 이유가 있다고 판단하고 있으므로 전자문서법 제7조 제2항 제2호를 제대로 해석, 적용하지 않은 것으로 보인다.

당사자들 간에 미리 약정한 절차가 있었다면(즉, 제7조 제2항 제1호가 적용되는 상황이었다면), 그리고 그 약정한 절차에서 공인인증서를 사용하여 전자문서가 작성자의 것이었는지를 확인하기로 되어 있었다면, 그리고 수신자가 그런 약정을 제대로 준수하여 공인인증서를 사용하여 전자문서의 진정성립을 확인했다면, 더이상 “정당한 이유”가 있는지를 별도로 따질 필요 없이 해당 전자문서를 작성 명의자의 것으로 귀속시킬 수 있었을 것이다(위조, 변조, 부정 발급된 공인인증서가 아닐 경우). 하지만, 이 사건 원고들과 피고 대부업체들 간에는 대부 계약이 온라인으로 체결될 경우 전자문서의 진정성립 확인을 어떻게 할지에 대하여 아무런 사전 합의도 존재하지 않은 상황이었으므로 전자문서법 제7조 제2항 제1호가 적용될 여지는 없고, 제7조 제2항 제2호에 따라 (1)무권한자와 작성 명의자 간의 관계가 무엇인지, (2)그 관계에 비추어 무권한자에게 작성 권한이 있다고 수신자가 믿을 정당한 이유가 있는지를 판단했어야 한다. 그러나, 대법원은 제정법에 명문으로 규정된 이러한 판단 요건과는 전혀 무관한 사정(공인인증서를 사용했는지, 전자서명법과 전자문

서법의 입법목적이 무엇인지 등)에 터잡아 “정당한 이유”가 있다고 판단하고 있다.

1. 공인전자서명에 대한 과도한 신뢰

대법원 2017다257395판결은 거래 당사자 간에 보안 절차에 대한 아무런 합의도 없는 상황에서 적용되어야 할 전자문서법 제7조 제2항 제2호를 적용했다기 보다는 전자서명법 제3조 제2항에는 “공인전자서명이 있는 경우에는 당해 전자서명이 서명자의 서명, 서명날인 또는 기명날인이고, 당해 전자문서가 전자서명된 후 그 내용이 변경되지 아니하였다고 추정한다”는 규정이 있고, 동법 제18조의2는 “다른 법률에서 공인인증서를 이용하여 본인임을 확인하는 것을 제한 또는 배제하고 있지 아니한 경우에는 ... 공인인증서에 의하여 본인임을 확인할 수 있다”는 규정이 있다는 점을 비중있게 고려하여 피고 대부업체들(수신자에 해당)이 공인인증서를 이용하여 전자문서 작성자의 신원을 확인하였다면 “그 전자문서의 수신자는 전화 통화나 면담 등의 추가적인 본인확인 절차 없이도 전자문서에 포함된 의사표시를 작성자의 것으로 보아 법률행위를 할 수 있다”고 판시하는바, 이러한 논리 전개는 다음과 같은 문제를 안고 있다.

이 사건 전자문서는 원고들이 작성한 것이 아니라 사기범들이 원고들의 허락이나 승인도 없이 작성하였고, 전자서명 역시 사기범이 생성한 것이라는 사실은 이미 “입증”되었을 뿐 아니라, 당사자 간에 이점에 대해서는 다툼도 없으므로 이 사건 전자문서에 부착된 전자서명이 원고들의 서명으로 “추정”받는다라는 뜻은 물론 아니다(법정 추정력은 이미 반증으로 인하여 복멸되었기 때문). 그럼에도 대법원이 전자서명법 제3조 제2항의 추정력 규정을 언급하는 이유는 공인전자서명은 법령상 “추정력”을 인정받을 만큼 일반적으로 신뢰성이 인정되고, 공인인증서로 본인 확인을 할 수 있다는 법규정도 있으므로 수신인이 공인인증서를 사용하여 본인 확인을 하는 것을 불합리하다고 비난할 수 없고, 이처럼 합리적인 본인 확인 수단을 채택한 경우에는 무권한자와 작성 명의자(또는 그 대리인) 간의 “관계”가 무엇인지는 아예 따져볼 필요도 없이 당해 전자문서가 작성 명의자의 의사에 기하여 작성되었다고 믿을 “정당한 이유”가 있다고 보아야 한다는 것이다. 그러나, 바로 이런 입장은 해당 재판부가 모델법의 성안 과정을 제대로 검토하고 이해했다면 결코 고려하거나 받아들이지 않았을 것이다. 이점을 이하에서 설명한다.

2. 모델법 성안 과정에서 거부되었던 규정

원래 모델법 초안 단계에서는 무권한자가 생성, 전송한 전자문서의 귀속과 관련하여 모델법이 1996년말에 최종적으로 채택한 두가지 경우(즉, 모델법 제13조 제3항 (a) 및 (b))에 더하여 다음과 같은 세번째 경우까지를 규정하였었다. 1995년 5월에 개최된 제28차 회의에서 채택된 초안 수정안 제11조 제3항은 다음과 같은데, 그 중 필자가 아래에 밑줄로 강조한 부분이 바로 그것이다.²²⁾

(3) 송신자와 수신자 간의 관계에서, 수신자는 다음 경우에는 전자문서가 송신자의 것이라 여길 수 있고, 그를 전제로 행위할 수 있다:

(a) 해당 전자문서가 송신자의 것인지를 확인하기 위하여 수신자가 그 용도로 다음과 같은 절차 중 하나를 제대로 적용했을 경우

(i) 송신자에 의하여 사전에 합의된 절차; 또는

(ii) 제반사정을 고려했을 때 합리적인 절차; 또는

(b) 수신자가 수령한 전자문서가 송신자가 자신의 전자문서임을 표시하는데 사용하는 방법을 송신자 또는 그 대리인과의 관계에 기하여 입수할 수 있었던 자의 행위로 생겨난 것인 경우

2017다257395판결에서 대법원이 실시한 내용, 즉, 전자서명법에는 공인전자서명의 추정력이 규정되어 있고 공인인증서를 사용하여 본인확인을 할 수 있다고 규정되어 있으므로, 비록 거래 당사자들 간에 전자문서의 진정성립을 확인하는 절차에 대한 아무런 사전 합의가 없더라도, 수신자가 이런 방법을 사용하여 해당 전자문서가 송신자의 것임을 확인했다면 이는 제반사정을 종합적으로 고려했을 때 “합리적인 절차”라고 평가될 수 있고, 이런 경우에는 수신자가 그 문서가 송신자의 의사에 기한 것이라고 믿을 “정당한 이유”가 있다고 봐야 한다는 대법원의 판단 논리는 바로 1995년 제28차 회의에서 채택되었던 모델법 초안 수정안 제11조 제3항

22) Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-eighth session (2-26 May 1995) (A/50/17), 제276항 (57-58면).

(a)(ii)의 규정(제반 사정을 고려했을 때 “합리적 절차”를 적용하여 본인 여부를 확인하였다면 그 전자 문서는 작성 명의자에게 귀속시킬 수 있다는 규정)과 그 논리를 같이 하는 것이다.

그러나 1996년 5월-6월에 개최된 29차 회의에서 바로 이 조항은 삭제되었다. 그 이유는 이런 법리를 허용한다면, 작성 명의자를 가장한 공격자가 기망적으로 생성, 전송한 전자문서까지도 (표현대리가 인정될 수 없는 경우에만) 작성 명의자의 것으로 보게될 여지가 있는데, 사전에 아무런 보안 절차를 미리 약정한 바도 없는 당사자 간에까지 이런 입장을 강요하는 것은 결코 용납되어서는 안되기 때문이라는 것이었다.²³⁾

[제28차 회의에서 채택되었던 초안 수정안 제11조 제3항(a)(ii)와 관련하여] 송신 명의자가 결코 전송한적 없는 전자문서, 예를 들어, 송신자를 가장한 사기꾼이 전송한 전자문서를 수신자가 송신자의 것으로 여길수 있도록 권한을 부여하는 취지의 규정은 적절하지 않다는 점이 특히 강조되었다. 그러한 규정은 명의도용자나 무권한자가 한 행위는 명의자에게 그 책임을 귀속시킬 특별한 사정이 존재하지 않는 이상 명의자를 구속하지 않는다는 계약법의 기본 원칙을, 합당한 이유 없이, 변경하게 될 것이다. 토의를 거친후 위원회는 [제28차 회의 초안 수정안 제11조] 제3항(a)(ii)를 삭제하기로 결정하였다.

대법원 2017다257395판결은 원고들과 피고들 간에 전자문서가 원고들의 것인지를 확인하는데 사용할 보안 절차에 대한 아무런 합의도 없는 상황에서 사기범들이 원고 명의로 작성한 전자문서(대출 신청 및 대출 계약을 내용으로 하는 전자문서)에 대하여, 수신자가 일방적으로 채택한 (공인인증서에만 의존한) 본인 확인 방법이 “제반 사정을 고려했을 때 합리적인 절차”라고 인정하여 그 전자문서가 작성 명의자의 의사에 기한 것이라고 수신자가 믿을 “정당한 이유”가 있다고 판단한 것인데, 이런 판단은 전자문서법 제7조 제2항 제2호의 명문 규정에도 반하고, 우리 대법원이 실시한 것과 동일한 입장은 실은 모델법 성안 과정에서 토의를 거쳐서 명시적으로 배제, 삭제된 것이었으며, 우리 전자문서법 제7조 제2항 제2호는 이런 과정을 거쳐서 성안된 모델법에 기초하고 있음을 고려할 때, 도저히 받아들이기 어려운 오류로 보인다.

23) Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-ninth session (8 May - 14 June 1996) (A/51/17), 제191항 (44면).

나아가 대법원은 이 사건 각 대출 계약 체결에 사용된 공인인증서가 사기범들이 부정한 방법으로 재발급 받은 것이라는 사정들만으로는 위와 같은 “정당한 이유”가 부정되지 않는다고 판시하였을 뿐 아니라, 대부업법 제6조의2 제3항 제1호에 따르면 대부 계약 등을 체결할 때 공인인증서를 이용하여 거래 상대방이 본인인지 여부를 확인하면 대부업자는 대부 계약의 중요사항을 “거래상대방이 자필로 기재한 것으로 본다”는 규정 또한 이 사건 각 대부 계약을 원고들에게 귀속시키는 근거가 되는 듯 추가적으로 제시하고 있다. 필자는 대법원이 제시한 이 두가지 논점 또한 설득력이 없다고 생각한다. 그 이유를 아래에서 항을 바꾸어 설명한다.

V. 무단 재발급받은 공인인증서의 효력

이 사건 원고들과 공인인증기관(이 사건의 경우, 금융결제원) 간에는 공인인증 서비스 이용 계약이 체결된 것은 분명하지만, 공인인증서 (재)발급 신청 과정에 필요한 본인 확인을 전자문서로(즉, 비대면 상태에서 온라인으로) 하기로 하는 합의가 존재하는지, 그리고 온라인(비대면) 신원 확인 용도로 사용되는 전자문서의 진정성립을 확인하기 위한 절차에 대한 합의가 존재하는지는 분명하지 않다. 은행 고객이 인터넷 뱅킹 서비스를 신청할 경우, 고객은 대부분 금융결제원(공인인증기관)과 공인인증 서비스 이용 계약을 체결하게 되는데, 금융결제원이 제시하는 공인인증 서비스 이용 약관의 해당 규정은 다음과 같다(밑줄은 필자가 추가):²⁴⁾

제 6조 (인증서 발급)

1. 가입신청자는 등록대행기관을 직접 방문하여 본인확인을 거친 후 전자금융 거래 가입신청을 하여야 한다. 다만, 제2항에 따라 이미 등록대행기관의 신원확인을 마친 기존 전자금융거래 가입자는 그러하지 아니한다.
2. 등록대행기관은 법에 따라 가입신청자의 신원을 확인한다. 다만, 등록대행기관은 안전성 제고를 위해 단말기 지정 또는 추가인증 등을 통해 가입신청자의 신원확인을 강화할 수 있다.

24) <https://www.yessign.or.kr/home/subIndex/578.do>(2018.7.6접속)

[제3항, 제4항은 생략]

5. 가입자의 인증서 재발급 또는 갱신 시 제2항 내지 제4항을 준용한다.

이러한 약관 규정을 감안하면, 공인인증 서비스 이용 계약 당사자 간에는 인증서 발급(재발급, 갱신발급을 포함한다) 과정에 요구되는 “가입신청자의 신원 확인”의 구체적인 방법에 관한 합의는 없고, 신원 확인을 “법에 따라”하겠다는 합의만이 존재한다.

약관 제6조 제2항이 말하는 “법”은 전자서명법 시행 규칙 제13조의2를 말하는 것으로 보이는데, 해당 규정은 공인인증서 발급(재발급, 갱신발급 포함) 신청자의 신원 확인은 대면확인을 원칙으로 하되, 온라인상 전자문서에 의존하여 비대면으로 이루어지는 신원 확인을 통한 공인인증서 발급도 가능하도록 다음과 같이 정하고 있다(밑줄은 필자가 추가):

제13조의2(신원확인 기준 및 방법)

[제1항 생략]

②공인인증기관은 공인인증서를 발급받고자 하는 자의 신원을 확인하는 때에는 직접 대면하여 그 자의 명의를 제1항의 규정에 의한 실지명의인지의 여부를 확인하고, 제13조의3의 규정에 의한 신원확인증표에 의하여 본인임을 확인하여야 한다.

[제3항 생략]

④공인인증기관은 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조제1호 각 목에 따른 금융기관에서 실지명의로 확인된 전자금융거래 가입자가 공인인증서를 발급받으려는 경우에는 그의 동의를 받아 정보통신망을 통하여 신원을 확인할 수 있다. 이 경우 다음 각 호의 사항을 확인하여야 한다.

1. 전자금융거래 가입자의 계정(ID)과 그 비밀번호 또는 계좌번호와 그 비밀번호
2. 전자금융거래 가입자의 주민등록번호
3. 금융기관이 전자금융거래를 위하여 가입자에게 제공한 일회용비밀번호(보안

카드의 비밀번호를 포함한다) 또는 가입자 본인만이 알 수 있는 두 가지 이상의 정보

4. 제1호부터 제3호까지에서 규정된 사항 외에 전자금융거래 가입자의 신용카드 정보 등 신원을 확인할 수 있는 정보 다만, 전자금융거래 가입자가 해외체류자, 법인, 단체, 외국인 또는 점자보안카드 사용자(해당 정보 확인에 동의한 점자보안카드 사용자는 제외한다)인 경우는 제외한다.

공인인증서 최초 발급의 경우에는 금융회사의 창구에서 직접 대면을 통한 본인 확인이 이루어지는 반면, 갱신발급이나 재발급의 경우에는 온라인상으로 전자문서를 통하여 본인 확인 절차가 진행되는 경우가 흔한데, 이때 전자서명법 시행규칙 제13조의2 제4항이 적용되는 것이므로 계좌번호, 비밀번호, 주민등록번호, 일회용 비밀번호 등을 사용하여 비대면으로 본인확인을 하고 공인인증서를 (재)발급하려면 반드시 “[가입자]의 동의를 받아”야 하도록 되어 있다.

물론, 가입자 본인이 자신의 계좌번호, 비밀번호, 주민등록번호, 일회용 비밀번호 등을 입력하고 공인인증서 (재)발급을 온라인으로 신청할 경우에는 당연히 가입자가 비대면 신원 확인에 대해서 동의한 것으로 보아야 할 것이다(온라인으로 신청하는 행위 자체가 이미 온라인 신원 확인 절차를 동의한다는 의미를 당연히 포함하기 때문). 그러나 사기범 등이 가입자를 속여 입수한 상기 정보를 사용하여 가입자 명의의 공인인증서 (재)발급 신청을 할 경우에는(비대면, 온라인 신원 확인 절차에 대한) 가입자 본인의 동의를 사기범이 해줄 수 있다고 볼 여지는 없다. 공인인증서 (재)발급에 요구되는 본인확인을 온라인으로 하기 위해서는 본인의 동의가 있어야 하는 것이므로, “본인의 동의와 같은 외관”이 있고, 그 외관을 신뢰하는데 과실이 없었다고 해서 이를 본인의 동의와 동일시 할 수 있는 것은 아니다.²⁵⁾ 요컨대, 본인의 동의 없이 신원확인을 온라인으로만 하고 인증서가 (재)발급된 경우에는 법에 따른 본인 확인 절차가 준수되지 않았다고 봐야 한다. 따라서 “법에 따라 가입자의 신원을 확인”하고 공인인증서를 (재)발급해주기로 당사자 간에 약관으로 정한 내용을 어기고 발급된 이러한 인증서는 비록 “공인인증서”로서의 외관을 가지고 있긴하지만, 적법한 공인인증서라고 보기는 어렵다.

적법하게 발급된 공인인증서를 이용하여 본인 확인을 하면 해당 전자문서를 작

25) 그런 입장을 관철하려면 전자서명법 시행 규칙의 해당 조항을 개정하는 수 밖에 없을 것이다. 현행 조항은 “[가입자]의 동의를 받아”라고 되어 있는 것이지, 가입자가 동의하는 듯한 외관이 합리적으로 구비되면 충분하다고 규정하고 있는 것이 아니다.

성 명의자의 것으로 귀속시킬 수 있어야 한다는 주장을 필자가 펴려는 것은 물론 아니다. 필자의 입장은 전자문서의 진정성립을 확인하는 절차에 대한 합의가 미리 존재하지 않은 경우에는 설사 적법하게 발급된 공인인증서를 이용하여 본인 확인이 이루어졌더라도 (실제 작성자와 작성 명의자 간에 아무런 “관계”도 없다면) 그 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킬 수 없다는 것이다. 반면에 대법원은 당사자 간에 아무런 사전 약정이 없는 경우, 공인인증서에 의하여 본인 확인이 이루어지기만 하면 (실제 작성자가 작성 명의자와는 아무 “관계”도 없는 자인 경우에도) 해당 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킬 수 있다는 입장일 뿐 아니라, 심지어는 그 “공인인증서”라는 것 자체가 공인인증기관이 약관을 어기고, 법에 따라 가입자의 신원을 확인한 바도 없이 발급된 부적법한 인증서일지라도 그를 믿을 만한 정당한 이유가 있다는 것이므로 이는 사실상 공인인증 제도 맹신론에 가까운 입장인 셈이다.

가입자와 공인인증기관 간 합의의 일부를 이루는 약관 규정을 어기고, 법에 정해진 본인 확인 절차도 준수하지 않고 (재)발급된 인증서(공인인증서로서의 법적 요건이 결여된 인증서)일지라도 그것으로 본인 확인 절차를 거치면 해당 전자문서가 작성 명의자의 의사에 기한 것이라고 믿을 만한 “정당한 이유”가 있다고 봐야 할까? 만일 이런 주장이 받아들여 진다면, 공인인증기관도 아닌 어떤 사업자가 “공인인증서”라면서 발급해 준 (실제로는 사설)인증서, 공인인증기관이 발급하기는 하였지만 법령에 정한 기술 규격을 준수하지 않아 실제로는 보안 가치가 없는 인증서, 가입자의 (재)발급 신청도 없었지만 공인인증기관 직원이 인증기관 서버에 합부로 접근하여 가입자 명의로 발급한 불법적인 인증서 등도 모두 “공인인증서”로서의 외관은 있으므로 그것으로 본인 확인 절차를 거치기만 하면 작성 명의자에게 책임을 지울 “정당한 이유”가 있다는 주장마저 가능하게 될 것이다. 이런 입장은 디지털 인증서의 기반을 이루는 기술적, 관리적 대전제와 보안 설계의 원리에 대한 기초 지식이 미흡한 나머지, 오로지 “공인인증서”라는 명칭이나 외관(실체가 뒷받침되지 않는 제도적 위상)에 과도한 비중을 둬으로써, 가입자 또는 작성 명의자에게는 부당하게 가혹한 결과를 낳게 되는 것이므로 선뜻 받아들이기 어려운 편파적 입장이라고 생각한다. 정부가 지정한 공인인증기관이 발급한 인증서이기만 하면, 발급 과정에서 신청자의 신원 확인이 당사자 간의 약정과 법에 따라 이루어졌는지는 따져볼 필요도 없다는 대법원의 입장은 보안의 기본 상식에도 어긋나고, 당사자 간의 상충하는 이해를 적절히 조정해야 하는 법규범의 근본 바탕을 이루는 형평과 균형감각 조차도 결여된 저급한 견해라고 생각한다.²⁶⁾

VI. 대부업법 제6조의2 제3항

대법원은 대부업법 제6조의2 제3항 제1호를 인용하면서 그 규정이 마치 피고 대부업체들의 입장을 일부나마 지지하는듯 제시하고 있지만, 대부업법 제6조의2를 제대로 이해하려면 해당 조항 전체를 살펴볼 필요가 있다. 대부업법 제6조의2는 다음과 같다.

제6조의2(중요 사항의 자필 기재) ① 대부업자는 그의 거래상대방과 대부계약을 체결하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 그 거래상대방이 자필로 기재하게 하여야 한다.

[대부금액, 대부이자율, 변제기간, 그 밖에 대부자 보호에 필요한 사항이 제1호-제4호에 열거되어 있음]

② 대부업자는 대부계약과 관련하여 보증계약을 체결하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 그 보증인이 자필로 기재하게 하여야 한다.

[보증기간, 피보증채무금액, 보증의 범위, 그 밖에 보증인 보호에 필요한 사항이 제1호-제4호에 열거되어 있음]

③ 대부계약 또는 이와 관련된 보증계약을 체결할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대부업자는 제1항 각 호의 사항 또는 제2항 각 호의 사항을 거래상대방 또는 보증인이 자필로 기재하게 한 것으로 본다.

1. 「전자서명법」 제2조제8호에 따른 공인인증서를 이용하여 거래상대방 또는 보증인이 본인인지 여부를 확인하고, 인터넷을 이용하여 제1항 각 호의 사항 또는 제2항 각 호의 사항을 거래상대방 또는 보증인이 직접 입력하게 하는 경우

26) 다양한 전자서명을 법적으로는 모두 대등하게 대우하고, 전자서명의 “신뢰성” 문제는 순전히 기술적 문제로 파악했다라면, 이런 불행한 사태는 생겨나지 않았을 것이다. 우월적 법적 효력을 특정한 부류의 전자서명(“공인전자서명”)에게만 배타적, 독점적으로 부여하는 한국의 전자서명법제는 전세계에 유례가 없다. 김기창, “전자서명 법제 개선 방향 - 전자서명 정의, 법적 효력 및 공인인증 제도의 문제점”, 비교사법, 24권 4호 (2017), 1903-1904면.

2. 그 밖에 거래상대방 또는 보증인이 본인인지 여부 및 제1항 각 호의 사항 또는 제2항 각 호의 사항에 대한 거래상대방 또는 보증인의 동의 의사를 음성 녹음 등 대통령령으로 정하는 방법으로 확인하는 경우

대부업법 제6조의2는 대부업자가 그 “거래 상대방” 또는 “보증인”과의 관계에서 준수해야 할 사항을 규정한 것이므로 해당 조항의 제1항, 제2항, 제3항은 모두 진정한 거래 상대방 또는 진정한 보증인을 전제로 하는 조항들이다. 거래 상대방이나 보증인이 아닌 자와의 관계에서는 “자필 기재”를 아예 거론할 이유도 없고, 이 조항이 적용될 여지도 없는 것이다. 예를 들어, 대부업자의 거래 상대방도 아닌 어떤 제3자로 하여금 대부금액, 대부이자율, 변제기간 등을 자필로 기재하게 해 본들, 그러한 제3자의 “자필 기재”가 있었다는 이유로 대출 명의자(즉, 실제로는 대출 거래가 존재하지도 않는 자)에게 대부 계약의 효력을 귀속시킬 수 있게 되는 것은 아니다. 마찬가지로, 보증인도 아닌자로 하여금 보증기간 등을 아무리 “자필 기재”하게 해본들 그러한 보증이 적법하게 되는 것도 아니다.

온라인 거래라고 해서 이점이 달라지는 것은 아니다. 대부업법 제6조의2 제3항은 진정한 거래 상대방이나 진정한 보증인이 온라인으로 접속한 상황에서 공인인증서를 이용하거나, 전화로 연결된 상황에서 음성 녹음 등을 이용하면, 동 조 제1항과 제2항에 규정된 “자필 기재” 요건이 충족될 수 있다는 취지인 것이지, 진정한 당사자가 아닌자(진정한 당사자인 듯 대부업자를 속이고 있는 자)와 온라인으로 접속하거나 전화로 연결된 상태에서 공인인증서를 이용하거나, 음성 녹음 등을 이용하기만 하면 진정한 당사자에게 책임을 지울 수 있게 된다는 의미는 아니다.

요컨대, 대부업법 제6조의2 제3항은 전자문서(음성 통화 역시, 디지털 신호로 처리 될 경우 이를 전자문서법이 말하는 ‘전자문서’로 볼 여지가 있다)의 귀속과는 전혀 관련이 없으며, 전자문서의 귀속을 규정한 전자문서법 제7조 제2항을 부정하거나 변경하는 조항이 아니다. 대부업법 제6조의2 제3항은 대부업자가 그의 진정한 거래 상대방, 진정한 보증인과의 관계에서 “자필 기재” 요건을 일정한 경우에 전자적 방법이나 음성 녹음의 방법으로 충족할 수 있다는 점을 규정해 둔 것일 뿐이므로, 애초에 진정한 거래 상대방이 아니거나, 진정한 보증인이 아닌자와의 관계에서는 적용될 여지가 없다.

대부업법 제6조의2 제3항을 거론하면서 마치 그 조항이 원고들과는 아무 관계도 없는 사기범이 함부로 작성한 전자문서를 원고들의 것으로 귀속시키는 추가적 근

거가 되는 것처럼 원용하는 대법원 판결은 대부업법 제6조의2가 가지는 의미를 제대로 이해하지 못하고 있음을 보여줄 뿐이다. 해당 법 조문을 아주 피상적으로 일별할 경우, 마치 “공인인증서”를 사용하기만 하면 “거래 상대방...이 자필로 기재한 것으로” 볼 수 있을 것 같지만, 이 조항의 의미는 진정한 거래 상대방에 한하여 “자필 기재”의 요건을 충족할 수 있다는 뜻일 뿐이다. 거래 상대방도 아닌자가 “자필 기재”를 하기만 하면 거래 상대방에게 책임을 지울 수 있게 된다는 주장은 아무도 받아들이지 않을 것이다.

Ⅶ. 결론

전자문서법 제7조 제2항 제2조는 사전에 합의된 보안 절차(security procedure)가 존재하지 않는 자들 간에 적용된다는 점은 의문이 없다. 사전에 합의된 보안 절차가 존재하는 당사자들 간에는 제7조 제2항 제1호에 규정된 바와 같이, 합의된 보안 절차를 수신자가 적용하여 전자문서의 진정성립 여부를 확인하면 그 전자문서는 작성 명의자의 것으로 귀속시킬 수 있으므로 표현대리 법리는 당사자들 간의 합의로 그 적용이 배제된 것으로 보는 것이 무난할 것이다.²⁷⁾ 반면에, 합의된 보안 절차가 없는 당사자들 간에 적용되는 제7조 제2항 제2호의 경우, 무권한자가 작성한 전자문서를 작성 명의자의 것으로 귀속시킬지 여부를 결정하는데 적용되는 법리는 대체로 표현대리의 법리에 수렴하는 것이다. 무권한자(실제 작성자)와 작성 명의자 간에는 일정한 “관계”, 즉, 기본 대리권 수여 관계, 고용 관계, 동거 관계, 기타의 계약 관계 등이 반드시 있어야 하고, 그러한 관계에 비추어 볼 때 무권한자에게 해당 전자문서를 작성할 권한이 있다고 수령자가 믿을 “정당한 이유”가 있어야 한다. 오로지 사기, 절도, 강도 행위로 형성된 “가해자-피해자 관계”만 있고 다른 정상적 관계는 전혀 없었던 경우에는 전자문서법 제7조 제2항 제2호가 말하는 “관계”라고 보기도 어렵고, 그러한 가해자-피해자 관계에 비추어 볼 때 사기범, 절도범,

27) 물론, 전자문서법 제7조를 보다 상세히 보자면, 사전에 합의된 보안 절차가 있는 경우에도 수신인이 (합의된 절차를 적용하지 않고) 제7조 제2항 제2호에 의존하여 해당 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시키려 시도해 볼 수는 있다. 하지만, 수신자가 합의된 절차에 따랐으면 해당 전자문서가 작성 명의자의 것이 아니었음을 알 수 있었을 경우에는 해당 전자문서를 작성 명의자의 것으로 귀속시킬 수 없으므로(제7조 제3항 제2호), 당사자들 간에 합의된 절차가 있을 경우에는 전자문서를 작성 명의자에게 귀속시킬 수 있는지 없는지는 표현대리의 법리에 따르는 것이 아니라 합의된 절차를 따랐는지 여부에 달려있게 되는 셈이다.

강도법이 해당 전자문서를 작성할 권한이 있다고 믿을 만한 “정당한 이유가 있는 자”라고 보기는 더욱 어렵다.

대법원 2017다257395판결은 전자문서법 제7조 제2항 제2호를 해석, 적용함에 있어서 정부 주도로 운영되는 공인인증 제도의 신뢰성을 무리하게 과장한 나머지, 공인인증서를 사용하여 본인 확인을 하기만 하면, 심지어는 그 “공인인증서”라는 것이 적법한 본인 확인 절차를 거치지도 않고 (재)발급된 불법적인 것일지라도 작성 명의인에게 책임을 지울 “정당한 이유”가 있다고 판시하고, 대부업법 제6조의2 역시 그 취지를 오해하여, 동조 제3항 제1호에 따라 공인인증서를 사용하지만 하면, 실제로 어떤 관계에 있는 누가 대부 신청을 했는지 따져볼 필요도 없이 작성 명의인으로 표시된 자에게 대부 계약 당사자로서의 책임을 지울 수 있다고 판시하였다.

이러한 대법원 판결은 우리 전자문서법 조항에도 어긋나며, 전세계 여러 나라가 채택한 모델법의 입장과는 충돌할 뿐 아니라, 계약법의 근본 원칙에 중대한 변경을 가하면서 거래의 일방에게 편파적으로 유리한 결론을 부여해주는 것이므로 상당한 부정의를 낳을 우려가 있다. 대법원은 전자서명법과 전자문서법 조항 및 그 법규들의 바탕을 이루는 국제적 규범과 기술적 배경에 대한 이해도 부족해 보이고, 전자문서 및 전자거래의 “안전성과 신뢰성”을 확보하기 위하여 필요하다면서 법률 행위 귀속, 대리 및 표현대리에 관한 법리나 계약법의 근본 원칙을 함부로 변경하면서, 정부 주도로 운영되는 공인인증 제도를 중심으로 계약 관계 귀속에 관한 새로운 법적 질서를 구축하려는 듯한 모습을 보이고 있는데 이는 매우 불행한 일이다. UNCITRAL 전자상거래 모델법과 그를 참조하여 도입한 우리 전자문서법은 계약법의 근간을 뒤흔들기 위해 제정된 것이 아니라는 점을 다시금 환기하고자 한다.²⁸⁾ 더욱이, 전자서명법은 조만간 전면 개정되어 “공인” 인증 제도는 폐지될 것으로 예상된다. 따라서 “공인” 인증 제도에 대한 확고한 신뢰를 전제로 한 이 사건 대법원 판결 또한 어차피 그리 오래 유지되기는 어려울 것이다.²⁹⁾

* 논문최초투고일: 2018년 07월 14일; 논문심사(수정)일: 2018년 08월 24일; 논문게재확정일: 2018년 08월 27일

28) 위 각주 13, 14, 15, 16 참조

29) 전자서명법 전부 개정 법률안 입법 예고(과학기술정보통신부공고제2018-161호)는 [http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice/lawNoticeInfo.js?sessionId=O34Gh1WO2feOxeXAuaQvwxq03BZS2ni31xXzXbnYR5DU1n58M6CtmA2BE0BDDn5S.moleg_a1_servlet_engine2?ogLmPpSeq=44130&mappingLbclid=0&announceType=TYPE5&pageIndex=&rowIdx=5\(2018.7.6접속\)](http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice/lawNoticeInfo.js?sessionId=O34Gh1WO2feOxeXAuaQvwxq03BZS2ni31xXzXbnYR5DU1n58M6CtmA2BE0BDDn5S.moleg_a1_servlet_engine2?ogLmPpSeq=44130&mappingLbclid=0&announceType=TYPE5&pageIndex=&rowIdx=5(2018.7.6접속)) 참조.

참 고 문 헌

- 김기창, “전자금융거래 사고의 책임 - 접근매체 위조, 변조의 의미”, 정보법학, 17권 3호 (2013)
- 김기창, “전자금융거래법상 ‘이용자의 중대한 과실’ - 대법원 2013다86489 판결의 문제점”, 정보법학, 18권3호 (2014)
- 김기창, “전자문서 및 전자거래 기본법의 재평가”, 정보 법학, 20권2호 (2016)
- 김기창, “전자서명 법제 개선 방향 - 전자서명 정의, 법적 효력 및 공인 인증 제도의 문제점”, 비교사법, 24권 4호 (2017)
- 김재형, “전자거래에서 계약의 성립에 관한 개정방안”, 전자거래법제 개정실무위원회 편, 전자거래법제의 개정착안점 (2001)
- 오병철, “2001년 개정 전자거래기본법의 이론적 검토”, 연세법학연구 제8집, 제2권 (2002)
- 이철송, “전자거래기본법의 운영상의 제문제점”, 조세학술논집 제 16 호 (2000)
- 이철송, “전자거래기본법의 개정방향 - 전자문서를 중심으로”, 인터넷 법률 제 5 호 (2001)
- 최준선, “UNCITRAL 전자상거래 모델법과 우리 나라의 전자거래기본법(안) 비교”, 비교사법 제5권 제2호 (1998)
- UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 (New York, 1999)
- Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-eighth session (2-26 May 1995) (A/50/17)
- Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-ninth session (8 May - 14 June 1996) (A/51/17)
- <https://ibz.nonghyup.com/content/html/sg/help.html?url=/sg/icsg9041c.html> (2018.7.6. 접속)
- <https://www.yessign.or.kr/home/subIndex/578.do> (2018.7.6. 접속)
- http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice/lawNoticeInfo.jsessionid=O34Gh1WO2feOxeXAuaQvxwq03BZS2ni31xXzXbnYR5DU1n58M6CtmA2BE0BDDn5S.moleg_a1_servlet_engine2?ogLmPpSeq=44130&mappingLbicId=0&announceType=TYPE5&pageIndex=&rowIdx=5 (2018.7.6. 접속)

Abstract

Article 7(2) of Korean Electronic Transaction Act (“KETA”) deals with the attribution of a data message which was created and sent by a person who does not have the authority to do so in the name of the purported sender. The provision is largely based on Article 13(3) of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996 (“Model Law”). Both provisions aim to respect and preserve the existing rules about apparent authority.

However, in applying Article 7(2)(ii) of KETA, which is applicable to parties who have no agreement as to the methods of ascertaining the authenticity of a data message between them, the Supreme Court held that as long as the recipient used the government-endorsed digital certificate issued by the licensed CA, the recipient is entitled to regard the data message as belonging to the purported sender even though the data message was against the wishes of the purported sender and even though the government-endorsed digital certificate was fraudulently re-issued in breach of the applicable contractual terms and statutory requirements. The Supreme Court thus ignores the existing rules about apparent authority. Instead, the Court proposes a new legal rule which revolves around the government-endorsed digital certificate.

This article puts forward an argument that the Supreme Court’s ruling is wrong and incompatible with the language of Article 7(2)(ii) of the statute. The Supreme Court’s position seems to be that the government-endorsed digital certificate is a method of ascertaining the authenticity of a data message which is “reasonable under the circumstances”, and that as long as the recipient used such a method, the recipient would be entitled to treat the data message as belonging to the purported sender. This article demonstrates that such a view is expressly rejected during the course of preparing the Model Law. The Supreme Court’s ruling fundamentally alters the basic rules of contract formation and contract attribution. This, however, has never been the aim of the Model Law or the Korean Electronic Transactions Act.

Keywords: Attribution of data message, apparent authority, agency, UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, Korean Electronic Transactions Act, fraudulent data message, digital certificate, unauthorized fund transfer