
정보의 법적 보호범위와 한계

김형만*, 양명섭**

The Legal Protection Scope and Limitation of Information

Hyung-Man Kim*, Myung-Sub Yang**

요 약 컴퓨터로 대변되는 정보통신기술의 발달 등으로 사회에 유통되고 있는 「정보」는, 인류의 물질문명은 물론 생활환경에까지도 혁신을 가져왔다. 즉 정보는 그 유통과 처리 증대 및 신속화 그리고 다양화되면서 그 존재형식과 가치체계에도 근본적인 변화를 가져왔다. 앞으로도 이러한 변화는 과학문명의 발달에 따라 계속변화를 추구할 것이다. 따라서 정보화는 현대사회의 본질을 특징 짓는 중요한 개념이지만, 다른 한편 정보는 그 특성에 편승하여 다양한 형태로 약용되고 있어 이로 인한 범죄도 날로 증가하는 것이 현실이다.

정보화에 대한 대책으로 1986년 「전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률」은, 우리나라 최초의 정보화에 관한 법률로 이에 관한 국가시책과 제도를 규정한 것이다. 그 후 2011년 「개인정보보호법」에 이르기까지 다양한 법률을 제정하여 그 종합적인 체계를 갖추었다고 할 수 있다. 이러한 법제도의 기본적인 배경에는 정보가 처리되는 공간이 가상공간일지라도 그것이 전자적 실재로서 성격을 갖는 이상, 현실사회에 타당한 룰은 기본적으로 가상공간에서도 그대로 타당하여야 한다고 전제하고 있다. 따라서 현실사회에서 위법한 것은 가상공간에서도 위법하지 않으면 안 된다는 것이다. 정보와 관련된 현행법상의 이와 같은 방향성에 대해서는 학설과 실무가 대체적으로 일치한다. 다만 기존의 현행법체계 및 개념이 유체물을 전제로 하기 때문에 「무체물」인 정보의 특성이 반영되지 않았다. 또한 그 대처방식도 대증요법적으로 대응하고 있어 다양한 문제점을 노출하고 있다. 따라서 본고는 이러한 문제의식을 전제로 현행법에 규정되어 있는 정보의 보호방식을 살펴보고 그 보호범위와 한계를 고찰하여, 개선방향에 대한 시사점을 모색하고자 한다.

주제어 : 정보, 정보화, 가상공간, 무체물, 법적 보호

Abstract 「Information」, which is circulated in society by information technology development represented by computer, has brought innovation not only to physical civilization, but also deep into our daily lives. This is to say that information has brought fundamental change to its form of existence, and value system through being faster regarding the circulation and the way of management being diverse. As time goes by, this kind of change would stimulate more changes to be made as the development of scientific civilization. Therefore, informatization is one of the important characteristic that defines modern society's essence, but on the other side, information has been taken advantage of that temperament and abused in a lot of different ways.

「The Law Regarding Computer Network Diffusion Expansion and Usage Promotion」(1986), as a counterplan of informatization is our nation's first Act about informatization, which enacts national policy and system about this issue. Since then, many laws has been enacted down to 「Private Information Protection Act」(2011), forming a comprehensive system. The basic background of these laws are based upon the premise that even if the place where the information is managed is virtual space, rules that are considered valid in the real world should be basically applied in the virtual space. Therefore, the violation of the law in the real world is also considered the violation in the virtual space.

This direction of current law regarding information is shared with both the theories and the reality. However, current law system and notion are based upon the premise that the law regards material objects, thus the characteristic of the information, which is 「Immaterial Being」 is not reflected. Also, the management and approach to this issue is allopathic, exposing many problems. Thus, this paper examines the way of protecting information stipulated in the current law, contemplates its protection scope and limitation, and seeks the direction of the improvement, based on the critical mind explained above.

Key Words : Information, Informatization, Virtual space, Immaterial Being, Legal protection

※ 본 논문을 2012년 광주대학교 교내연구비에 의하여 지원되었음

*광주대학교 경찰법행정학부 교수(교신저자)

**초당대학교 컴퓨터과학과 부교수

논문접수: 2012년 11월 28일, 1차수정: 2012년 12월 20일

1. 서론

컴퓨터로 대변되는 정보통신기술의 발달 등으로 사회에 유통되고 있는 「정보」는, 인류의 물질문명은 물론 생활환경까지도 혁신을 가져왔다. 즉 정보는 그 유통과 처리의 증대 및 신속화 그리고 다양화되면서 그 존재형식과 가치체계에도 근본적인 변화를 가져왔다. 앞으로도 정보는 과학문명의 발달에 따라 계속 사회변화를 추구할 것이다. 이러한 정보화는 현대사회의 본질을 특징 짓는 중요한 개념이지만, 다른 한편 정보는 그 특성에 편승하여 다양한 형태로 악용되고 있고 이로 인한 범죄는 날로 증가하는 것이 현실이다.

정보화에 대한 대책으로 1986년에 제정된 「전산망 보급확장과 이용촉진에 관한 법률」은, 우리나라 최초의 정보화에 관한 법률로 이에 관한 국가적 시책과 제도를 규정한 것이다. 다만 이것은 전산망 보호를 위한 일부규정을 포함하고 있지만, 정보보호의 중요성을 인식하고 이에 초점을 맞춘 법률은 아니었다. 그 후 민간부문에서 정보보호에 대한 중요성이 부각되어, 1995년 「정보화촉진기본법」에 그 촉진과 정보보호에 관한 기본규정을 마련하였다. 또한 같은 해 12월에는 형법의 컴퓨터 범죄에 관한 일부개정과 2011년 「개인정보보호법」을 제정하여 비로소 정보화 관련 종합적인 법제도가 정비되었다고 할 수 있다. 이러한 법제도의 기본적인 배경에는 정보가 처리·유통되는 공간이 가상공간일지라도 그것이 전자적 실체로서 성격을 갖는 이상, 그 자체도 현실사회를 구성하는 요소이기 때문에 현실사회에 타당한 틀은 기본적으로 가상공간일지라도 그대로 타당하여야 한다고 전제하고 있다고 할 수 있다. 따라서 현실사회에서 위법한 것은 가상공간에서도 위법하지 않으면 안 된다는 것이다 [14].

정보와 관련된 현행법상의 이와 같은 방향성에 대해서는 확설과 실무가 대체적으로 일치한다. 다만 기존의 현행법체계 및 개념이 유체물을 전제로 하기 때문에 「무체물」인 정보의 특성이 반영되지 않았을 뿐만 아니라, 그 대처방식도 대응요법적으로 대응하고 있어 다양한 문제점을 노정하고 있다. 따라서 본고는 이러한 문제의식을 전제로 현행법에 규정되어 있는 정보의 보호방식을 살펴보고 그 보호범위와 한계를 고찰하여, 개선방향에 대한 시사점을 모색하고자 한다.

2. 현행법상 정보의 보호방식

현행법체계상 정보의 보호방식은 법률에 따라 매우 다양할 뿐만 아니라 아래에서 살펴보는 것과 같이 그 행위대상의 특성에 있어서도 상이한 표현을 하고 있는 것이 있다. 그리하여 법률에 따라서는 구성요건의 일관성을 결여하거나 처벌행위를 예상하지 못하여 누락된 범죄가 존재하는 경우도 있다. 여기서는 이와 같은 문제점을 살펴보기 위하여 현행법상 정보를 어떻게 보호하고 규제하고 있을지를 살펴보기로 한다.

현행법상 정보의 보호방식은 법률에 따라 다르지만, 여기서는 정보의 특성을 고려하여 우선 그 정보가 가진 일정한 의미를 직접 보호하는 방식과 물리적 매체에 화체(化體)된 정보를 보호하는 방식으로 대별하여 살펴보기로 한다[15].

2.1 정보를 직접 보호하는 방식

2.1.1 무형적 정보

무형적 정보는 정보 본래의 성질인 비정형·비물질(非定型·非物質) 그 자체를 법률상 행위의 대상으로 하고 있는 정보를 말한다. 따라서 이러한 정보는 종래 정보에 관련된 범죄 중 일정한 매체에 화체된 유형적 정보보다도 주된 논의 대상이 되어왔다. 다만, 현행법에 규정된 이러한 정보는 아래에서 열거하는 많은 범죄들에 있어서 처럼 정보 그 자체를 직접 보호대상으로 하는 것이 아니라, 정보가 가진 「비밀」 등과 같은 일정한 의미를 보호 대상으로 하거나 특정한 정보에 배타권을 인정하는 방식으로 그 정보를 보호 및 규제하고 있다.

우선 형법상 정보는 기밀 등의 「누설 및 공표」(형법제 98조2항[간첩2항], 동제113조[외교상의 기밀누설], 동제126조[피의사실공표], 동제127조[공무상비밀누설], 동제317조[업무상비밀누설]), 「이익」의 공여(형법제99조[일반이적]), 허위의 「진술」(동제152조[위증1항]), 허위의 「감정」 등(동제154[허위의 감정·통역·번역]), 허위의 사실을 「신고」(동제156조[무고]), 「설교」의 방해(동제158조[장례식등의 방해]), 해약의 「고지」(동제283조[협박], 동제324조[강요]), 「사실의 적시」(동제307조[명예훼손]), 허위의 「정보」 또는 「부정한 명령」의 입력(제314조2항[컴퓨터 업무방해], 제347조의2[컴퓨터등 사용자]), 등에 있어서와 같이 형법상 의미 있는 정보의 발신을 범죄로 하여 그것이 갖는 일정한 의미가 보호대상이 되거나 행위대상으로

특정되어 있다. 다만, 이와 같은 정보는 유형적 정보와 달리 그것이 생산되거나 수집되는데 시간과 비용이 거의 소요되지 않는 특성으로 인하여 무한정 확산가능성이 있을 뿐만 아니라, 그 보호대상인 정보 자체도 명확하지 않은 경우가 있다. 더구나 정보통신기술의 발달로 인하여 정보의 형식이 디지털화되어 감에 따라 권리침해의 위험성은 더 고조되는 반면, 종래 유형적 정보에 대해서 인정되어 왔던 현행법상 다양한 보호방식들도 그 실효성을 잃어가고 있다고 볼 수 있다. 이에 따라 현행 형법전은 무형적 정보에 있어서 그 정보가 갖는 내용의 중요성은 물론, 침해의 위법성에 대한 정도 및 정보보유 주체(신분법)와의 관계에 따라 보호해야 할 정보의 보호범위를 한정하는 방법으로 형법벌규의 명확성원칙에 기여하고 있다. 예를 들면, 기밀 등의 「누설」을 처벌하는 간접죄에 있어서는 그 주체를 “직무에 관하여 군사상 기밀을 지득한 자”, 공무상비밀누설죄에 있어서는 “공무원 또는 공무원이었던 자”, 업무상비밀누설죄에 있어서는 “의사, 한의사, 치과과사, 약제사, 약종상, 조산사, 변호사, 변리사, 공인회계사, 공증인, 대서업자나 그 직무상 보조자 또는 차등의 직에 있던 자”로 제한하고 있다. 따라서 이외의 자가 비밀을 누설한 경우에는 본조가 적용되지 않는다. 또한 본조에서 말하는 「비밀」에 해당하지 않는 정보를 누설한 경우에는 당연히 본조의 적용범위에 해당하지 않는다. 다만 외교상 비밀누설죄(동제113조)는 신분법이 아니라는 점에서 이들 범죄와 구별되지만, 보호범위를 외교상의 비밀에 한정하고 있어 형법상의 외교상 비밀이라는 정보의 보호범위를 명확히 하고 있다.

둘째, 1995년 형법을 일부 개정하여 제227조의2(공전 자기기록위작·변조죄)를 비롯한 다수의 컴퓨터 범죄가 신설되었다. 이러한 규정들은 주지하는 바와 같이, 1987년 일본의 형법개정에 의해 도입된 컴퓨터 범죄에 관한 규정들로 자구수정도 하지 않은 채 그대로 차용한 규정이다. 다만, 이들 규정에 대해서 일본은, 정보의 침해에 관한 국제표준화기구(ISO)의 정의에 따라 기밀성(confidentiality), 완전성(integrity), 가용성(availability)이라는 기준에서 살펴 볼 때, 특히 정보의 기밀성에 대한 보호범위와 그 정도 등에 대한 문제가 지적되어 긴급적 입법으로는 대처할 수 없다고 판단하여 형법상 입법을 보류하였다[22]. 그 결과 이른바 정보누설이라는 기밀성의 보호에 대한 규정을 형법에 신설하지 않고, 오히려 「부정경쟁방지법(1993년5월19일일본법률제47호)」에

영업비밀이라는 정보를 규정하여 보호하고 있을 뿐이다. 이 점에서 영업비밀이외의 다른 정보는 형법상 전자적 기록 또는 특수매체기록에 화체된 정보에 한하여 보호한다는 점을 명확히 하었다고 볼 수 있다. 이처럼 일본의 「부정경쟁방지법」은, 컴퓨터 범죄의 정보침해에 대한 기밀성을 보호하기 위한 보완규정이다. 다만 컴퓨터 범죄를 일본으로부터 그대로 차용한 우리나라는 이러한 보완입법이 우리나라에게도 그 입법방향을 제시하였다고 볼 수 있다. 즉 1991년에 제정된 우리나라의 「부정경쟁방지법」에는 영업비밀이라는 정보를 직접 보호하는 규정이 없었으나, 1995년의 형법일부개정에 의해 컴퓨터 범죄에 관한 법적규제의 정비와 1998년에 발생한 “반도체기밀유출사건”의 영향으로 1998년에 부정경쟁방지법을 「부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률」이라고 개정하면서 영업비밀을 법적으로 보호하는 규정을 신설하였다.

또한 「정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」은 네트워크 시스템에 수록된 정보 그 자체를 보호의 대상으로 하고 있다는 점에서 위에서 고찰한 범죄들과 유사하다. 즉 형법상 일정한 비밀이나 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호법상의 영업비밀이라는 정보 그 자체를 대상으로 한다는 점에서 유사하지만, 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률은 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되고 있는 타인의 정보를 훼손하는 것은 물론 그 침입행위 자체를 대상으로 한다는 점에서 구별된다. 또한 형법이나 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호법에 의해 처벌할 수 없는 정보에 대해 그 내용을 알아 내지 않고 훼손하거나 침해하는 행위에 대해서도 처벌할 수 있도록 하여 이러한 법률들의 흠결을 보완하고 있다 [11].

셋째, 「개인정보보호법」은 살아있는 사람의 이름 등 개인을 식별할 수 있는 모든 사항에 관한 정보를 보호하기 위해 제정된 법률을 말한다. 이 법률은 종래 특수한 목적에 의하여 제정된 개별법에 의해 개인의 정보보호를 의존한 결과 그 보호를 받지 못하는 사각지대가 발생함은 물론 개인정보의 유출·오용·남용 등 침해사태가 급증하자 국민들의 피해구제를 강화하기 위하여, 2011년 「공공기관의 개인정보보호법에 관한 법률」과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 일부조항을 흡수하여 일반법으로 제정되었다[1]. 다만 개인정보 보호에 관한 전반적인 사항을 규율하고 있는 정보통신망

이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 개인정보보호법에 관한 특별법이기 때문에 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보보호를 위해서는 개인정보보호법보다 우선적으로 적용된다. 그러나 이 일반법인 개인정보보호법이 특별법인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률보다 매우 늦게 제정되어 그 동안 비교적 상세하게 규정해 왔던 특별법의 내용과 상당부분 중첩되어 혼선을 빚을 소지가 많다[12].

정보는 현대사회에 있어서 그 특성상 이용과 보호가 적절한 수준에서 조화와 균형을 이루어져야 한다고 생각하면, 그 보호방식은 자율규제시스템이 더 적합하다고 생각한다. 더구나 일반법인 개인정보보호법상 그것은 특정한 정보를 보호할 목적으로 제정된 특별법보다 더욱 그러할 것이다. 그러나 우리나라의 개인정보보호법은 그 명칭으로부터 알 수 있듯이 원칙적으로 정보의 이용보다는 보호에 초점이 맞추어져 있다고 볼 수 있다. 그러한 의미에서 개인정보보호법은 개인을 식별할 수 있는 일정한 의미의 정보 유출을 그 보호대상으로 하고 있기 때문에 앞에서 기술한 일정한 의미의 비밀(정보)을 보호하는 법률들과 유사하다.

특히 현행 개인정보보호법상 정보의 보호방식은, 자율규제방식과 정보주체에 의한 통제방식 모두를 규정하고 있어 이 두 방식을 혼합하고 있다고 볼 수 있다[9]. 즉 자율규제방식에 관한 조항으로는 제13조(자율규제의 촉진 및 지원), 제33조(제8항 민간기관의 개인정보영향 평가를 위한 노력의무), 제58조(적용일부제외), 제61조(행정안전부장관의 의견제시 및 개선권고)가 있으며, 이들 규정을 자율규제방식이라고 하는 것은 정보의 이용·보호에 관해 단순히 노력의무를 부과하거나, 나아가 이들 규정에 위반한 경우에도 벌칙규정을 두고 있지 않기 때문이다. 따라서 개인정보보호법상 정보를 법적으로 보호하는 규정은, 결국 정보주체에 의한 통제방식에 위반한 경우에 그 위반행위에 따라 각각 제39조(손해배상책임)와 제9장(제70조~제75조)의 벌칙규정 등을 통하여 개인정보를 법적으로 보호하고 있다.

이것을 전제로 개인정보보호법상 정보의 보호방식을 크게 대별하여 살펴보면 다음과 같다. 즉 개인정보의 i) 부당이용, ii)누설, 유출 및 제공, iii)훼손, 멸실, 변경, 위조, iv)직무상 알게 된 비밀의 누설 등의 금지가 그것이다. 다만 이 중에서 정보 그 자체를 행위대상으로 하고 있는 것은, 정보의 부당이용과 정보의 누설 및 제공, 그리

고 비밀의 누설 또는 유출이 있다. 다만, 정보의 제공과 유출은 정보 그 자체를 행위대상으로 하고 있음은 물론 일정한 물건에 화체된 정보도 그 대상으로 될 수 있음은 물론이다. 전자의 예로서는 최근 급증하고 있는 경찰관의 개인정보 제공[7], 유출이 있으며, 후자는 포털사이트 등에서 다량의 개인정보를 해킹하여 그것을 화체한 문서나 특수매체 등을 매매하는 경우가 여기에 해당한다[23].

넷째, 디지털기술의 발달은 「저작권법」에 의해 보호되는 저작물을 “물(物)”로부터 유리시켜 무형의 정보 그 자체를 가상공간에서 현재화(顯在化)될 수 있도록 그 존재형식을 변화시켰다. 이러한 특성을 가진 디지털 저작물은 종래 유체물을 전제로 한 법체계에 의해 보호하던 방식은 물론 그 종류와도 다르기 때문에, 동일한 무형적 정보라고 하더라도 위와 같이 일정한 제한에 의해 비밀 등을 보호하는 범죄들보다도 그 법적보호의 한계가 가장 많이 노정되는 범영역이라고 할 수 있다. 이것은 저작물이, 아날로그시대에서는 일정한 형태의 유체물에 고정되지 않으면 대량으로 유통하거나 소비하는 것이 불가능하였지만, 최근에는 디지털로 창작된 저작물이 디지털정보 그 자체로 유통되고 소비되고 있기 때문이다. 따라서 이러한 특성이 숨겨져 있던 “저작물”은, 정보가 격납되어 있는 용기(容器)가 아닌 정보 그 자체라고 하는 특성이 인식되어 다양한 문제를 야기하고 있다[17]. 즉 디지털화된 정보는 원본이라고 하는 개념이 불명확할 뿐만 아니라, 복제 또는 전송하여도 그 품질이 변질되지 않고, 더구나 침해행위는 순식간에 글로벌화 되어 확대된다는 특성을 가지고 있다.

더구나 저작권법이 본래 보호하려는 것은 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물(저작권법제2조1)”이지만, 그 권리가 매체에 표현되어 있는 것은 극히 일부에 제한된 저작물의 요건(동제2조5)일뿐 일반적인 요건도 아니다. 예를들면 즉흥연주나 실연(實演)과 같이 순식간에 사라지는 것도 그 자체 음악 저작물의 일종으로 법적으로 보호받고 있다. 즉 유체물에 고정되어 있는 “물(物)”의 “소유권”과 그곳에 화체되어 있는 “정보제”로서 “저작권”은 별개이며, 이러한 지적 정보라고 하는 특정한 재화에 대해 일정한 배타적 권리를 부여하는 방식[18]으로 정보를 보호하는 법률이 바로 저작권법이다.

2.1.2 「재산상 이익」으로서의 정보

위에서 살펴 본 것처럼, 재산적 가치가 있는 정보 그

자체를 보호하는 규정은 형법에서도 찾아 볼 수가 없다. 즉 현행 형법은 절도죄와 같이 재물만을 그 객체로 하고 있기 때문에 재산적 가치가 있는 정보를 절취한, 이른바 정보(이익)절도를 처벌할 수 없다고 하는 것이 다수설적인 입장이다[3]. 뿐만 아니라 기밀인 재산적 정보를 알고 있는 자를 기망하여 그것을 들은 경우에 있어서도 사기죄의 객체인 「재산상 이익」에 그 정보가 포함되지 않는다면, 정보는 형법상 재산범의 그 어떠한 규정에 의해서도 보호받을 수 없게 된다. 그렇다면 결국 정보가 재산적 이익에 포함되는지 하는 여부가 법적 보호범위의 한계라고 할 수 있다.

우선 재산상 이익에 정보가 포함되지 않는다는 견해에 따르면, 절도죄, 강도죄, 사기죄, 공갈죄 등의 이전죄에 있어서 재물·이익이 그 점유자로부터 행위자 또는 제3자에게 이전되어야 한다고 한다. 이것은 행위자 또는 제3자가 취득한 재물·이익에 대응하는 법익침해가 본래의 점유자에게 발생될 것이 필요하기 때문이다. 따라서 이전죄의 객체인 이익에 대해서도 재물과 같이 이전성이 요구되어야 하고, 이와 같은 이전성이 인정되지 않는 이익에 대해서는 이전죄에 고유한 법익침해가 발생하지 않기 때문에 그 범죄의 성립을 부정하여야 한다[10]. 따라서 정보나 서비스와 같은 재산상의 이익에 대해서는 사기죄 등 이전죄의 성립을 일반적으로 긍정할 수 없게 된다. 더구나 정보가 재산상의 이익에 포함된다고 해석하는 견해에 의하더라도, 그것은 대가를 지불해야 하는 유상의 정보에 대해서만 사기죄 등 이전죄의 객체가 된다고 하는 견해가 지배적이다. 그러나 이와 같이 주장하는 것은 그 근거가 명확하지 않을 뿐만 아니라, 요금의 지불에 의해 제공되는 유상의 정보에 대해서는 피해자에게(청구할 수 있는 요금을 면탈 당하였다는) 재산상의 손해가 있고, 행위자에게는 정보를 부정하게 취득하여(요금에 대응하는) 재산상의 이익을 취득하였다고 생각할 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 만약 정보가 재산상의 이익에 포함된다고 하더라도 그것에 의해 보호되는 것은 강도죄, 사기죄, 공갈죄뿐이기 때문에 그 보호범위는 극히 제한적일 수밖에 없다[21].

이상과 같이 「재산상 이익」으로서의 정보는 그 자체가 재물로 해석될 수 없음은 물론, 만약에 재산상의 이익에 포함된다고 하더라도 그 보호범위가 매우 한정되어 그렇게 해석할 실익이 없다고 할 수 있다.

2.2 물리적 매체에 화체된 정보의 보호방식

정보는 본래 비정형·비물질이기 때문에 그 자체로는 존재하거나 보존할 수 없어 문서, 전자적 기록 등 일정한 매체에 의존하여 보호되고 있다. 이러한 매체 등에 의하여 보호되는 정보를 유형적 정보라고 한다. 이를 매체의 기준에 따라 아래와 같이 구분하여 살펴보고자 한다.

2.2.1 문서에 화체된 정보

정보가 문서에 화체된 경우에는 그 문서의 내용을 개봉, 개찬(改竄), 작성하는 경우에 성립하는 범죄로서 봉함된 문서 등의 “개봉”(형법제316조[비밀침해죄]), 통화, 유가증권, 인지·우표, 공·사문서, 인장 등의 “위조, 변조, 작성”(동제207조[통화위조등], 동제214조[유가증권등], 동제218조[인지·우표의 위조등], 동제225조[공문서등의 위조·변조], 동제227[허위공문서작성등], 동제238조[공인등의 위조])등이 있으며, 이외에도 소인“발소”(동제221조), 복표의 “발매 등”(동제248조) 등을 그 행위대상으로 하고 있다.

우선 비밀침해죄(형법제316조)는 봉함 기타 비밀 장치된 편지, 문서 등만이 객체로 되어있기 때문에 봉함되지 않은 엽서나 편지라고 할 수 없는 전자메일에 기재된 정보에 대해서는 그 보호대상이 되지 않는다. 이처럼 형법상 문서에 화체된 정보의 보호는 매우 한정적이지만, 우리 헌법제18조에 “모든 국민은 통신의 비밀”을 보장하고 있어 형법상 보호되지 않는, 예컨대 전보 또는 전화와 같은 통신비밀의 보호는 특별법인 「전기통신사업법」과 「통신비밀보호법」에 그 침해하는 행위를 매우 광범위하고 상세하게 규정하고 있다.

또한 통화위조(형법제207조)나 문서위조죄(동제225조 이하)도 정보가 문서에 화체된 경우로서 현행형법은 문서작성명의의 형식적 진정성을 보호하는 유형위조를 기초로 하고, 보충적으로 문서의 내용적 진정성을 보호하는 무형위조도 처벌하고 있다. 즉 이들 범죄는 위조의 객체로서 유형적 정보(통화 또는 문서에 화체된 정보)를 전제로 하고 있다는 점에서 동일하며 그 통화·문서의 내용을 개찬하거나 작성할 때, 통화·문서위조죄나 허위공문서작성죄(동제227조)등이 성립한다. 다만, 이들 범죄의 보호법익을 통화 또는 문서에 대한 공공의 신용이라고 해석하고 있어 문서의 내용으로서 정보 그 자체를 직접 보호하는 것이 아니다. 즉 이와 같이 정보가 화체된 통화나 문서는 그 보호법익을 통하여 간접적으로 통화

또는 문서에 기재된 정보가 보호될 뿐이다. 이러한 의미에서 문서에 화체된 정보의 보호는 간접적인 것에 불과하다고 할 수 있다.

2.2.2 전자적 기록 등에 화체된 정보

형법의 일부개정을 통하여 도입된 이른바 컴퓨터 범죄에 관한 규정들은 그 안에 저장되어 있는 정보가 법적 거래에 있어서 중요한 기능을 갖게 되자 이를 보호하기 위한 것이었다[8]. 다만 컴퓨터 범죄가 “전자적 기록 및 특수매체기록에 화체된 정보”를 행위대상으로 하고 있는 것은 종래의 문서개념으로는 이것들을 포함시킬 수 없을 뿐만 아니라, 나아가 유체물을 전제로 한 현행규정으로는 무체물인 정보의 법적보호에 일정한 한계가 있다고 하는 반증이라고 할 수 있다. 즉 형법은 정보 그 자체를 보호대상으로 하고 있는 것이 아니라 전자적 기록 등에 화체된 정보를 보호함으로써 유체물에 관한 법의 지혜를 차용(借用)하고 있음을 엿볼 수 있다. 여기서 “전자적 기록”이란, 사람의 지각에 의하여 인식할 수 없는 방식에 의하여 작성되어 컴퓨터 등 정보처리장치에 의한 정보처리를 위하여 제공되는 기록을 말하고, “특수매체기록”은 레이저와 같은 광기술을 이용한 기록이라고 정의한다. 그리고 “기록”이란 데이터나 정보, 또는 기억매체 그 자체가 아닌 일정한 기억 매체상에 정보 또는 데이터가 기록·보존되어 있는 상태를 의미한다. 따라서 이것은 문서와 직접적인 가시성(可視性)·가독성(可讀性)이 없다는 점에서 구별될 뿐 현실사회에 있어서 문서와 같은 기능을 한다는 점에서는 아무런 차이가 없다.

이에 따라 형법은 종래 문서를 공문서와 사문서로 구분하여, 이에 대한 위조와 변조 및 행사를 처벌하던 입법 태도에 대응하여 전자적 기록을 공전자기록(형법제227조의2)과 사진자기록(동제232조의2)으로 나누고, 이에 대한 위작, 변작, 행사를 각각 처벌하고 있다. 그리고 공정증서원본부실기재죄에 대응하기 위하여 공정증서원본의 기능을 하는 전자기록 등 특수매체기록에 부실의 사실을 기재(동제228조)한 행위도 처벌하고 있다.

이와 같이 “전자적 기록 또는 특수매체기록”이라는 개념을 형법에 널리 응용하고 있는 것은 정보과 같은 무형재의 법적지위를 그 자체로 형법상 법적보호 또는 금지의 객체로 하는 것보다 이와 같은 유체물을 매체로 지정하는 것이 일정한 범위에서 그 내용은 물론 그 대상자체를 지정할 수 있어 법적 보호범위를 명백하게 할 수 있다

는 장점[20]과 특히 종래 유체물을 전제로 한 법체계를 개정하지 않고서도 무형적 정보를 보호할 수 있다고 하는 장점에 기인한 것이라고 하지 않을 수 없다.

3. 보호한계로서의 정보 -디지털정보-

위에서 살펴본 것처럼 형법상 정보의 방식은 무형적 정보에 대해서는 간접적으로 그리고 일정한 매체에 고정되어 있는 유형적 정보는 정보 그 자체를 직접적으로 보호하여 왔다. 따라서 우리 형법제243조도 음란한 정보가 화체된 「문서, 도화, 필름, 기타의 물건」을 반포, 판매, 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자를 처벌하여 정보 그 자체를 보호하고 있다. 이처럼 일정한 매체를 통해 정보의 법적 보호범위를 명백히 하는 것은 죄형법정주의의 명확성원칙을 충족시키는 한편, 매체를 통하지 않은 정보는 객관성·존속성이 떨어지고, 더구나 정보의 내용이 고도·복잡화되면 될수록 그 가치가 감소하기 때문일 것이다. 나아가 우리 법률체계가 유체물을 전제로 한 것 과도 무관하지 않음은 앞에서 지적한 것과 같다. 그러나 정보통신기술의 발달은 종래 정보의 기록, 전달방식에 있어서 물체에 의존하던 방식으로부터 해방시켜 정보의 존재형식을 극적으로 변화시켰다. 즉 이것이 디지털이라고 하는 단일(單一)의 전기적·수학적 형식으로 변환이 가능한 한 그 내용을 묻지 않고 모든 정보가 네트워크라고 하는 가상공간에 존재할 수 있고 그 상태로써 유통되고 있다. 더구나 이러한 형식으로서의 정보유통은 그 특성상 일정한 매체에 화체된 정보보다도 권리침해의 위험성이 크다고 할 수 있다[16]. 여기서 이와 같은 디지털정보의 보호방식에 관한 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 우리 형법제243조는 유형적 정보로서 음란 「물」만을 그 대상으로 하는지 의문이다. 즉 동조에 따르면 음란한 정보가 화체된 “문서, 도화, 필름 기타 물건”이라고 규정하여 음란 「물」의 표현 방법을 그 행위대상으로 하고 있다는 점에서 학설은 일치하고 있다. 그러나 독일 형법제184조b의 음란물반포죄의 해석론[2]에 따르면, 컴퓨터 모니터상의 표시에 대해서도 유체성을 인정할 수 있다고 하기 때문에 이에 관한 현재 학계의 충분한 논의가 있다고 볼 수 없다. 다만, 우리 대법원 판례는 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램 파일은 형법제 243조에 규정된 음란 「물」에 해당하지 않는다고 하여

무형적 정보인 음란한 정보 그 자체는 형법의 규제대상이 아님을 명백히 하고 있다[4]. 따라서 음란 「물」에 해당하지 않는 무형적 정보로서 음란한 부호, 문언, 음향, 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공연하게 전시한 자 등은 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률(제74조제1항제2호)에 의해 처벌할 수 있을 뿐이고, 여기서 말하는 「음란」 물이란, 사이버 공간에서 디지털 형태로 존재하는 사이버 음란물로서 형법상 그것과 구별하고 있다.

둘째, 형법과 정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률은, 음란물이 유형적 정보인가 무형적 정보인가에 따라서 구분하고 있음에도 불구하고 그 행위대상은 “배포, 판매, 임대하거나 공연하게 전시 또는 상영한 자”로 동일하게 규정하고 있다. 그러나 이러한 음란물의 표현 방법들이 이들 범죄의 구성요건상 실행행위로서 매우 중요하다. 그렇다면 유체물을 전제로 한 행위대상이 일정한 형체를 갖지 않는 무형적 정보에도 그대로 해당할 수 있는지, 즉 유체물인 음란 「물」의 전시와 그 성격이 다른 디지털형태의 음란데이터가 인터넷상에서 어떠한 경우에 전시에 해당하는지 살펴볼 필요가 있을 것이다. 우선 학설은 물론 대법원판례에서도 공연한 전시란, 유·무형의 정보를 불문하고 “불특정 다수인이 관람할 수 있는 상태에 있거나”, “별다른 제한 없이 음란부호 등에 (불특정 다수인이) 바로 접 할 수 있는 상태가 실제로 조성된 것”이라고 판시하여 이를 구별하고 있지 않은 듯하다 [6]. 더구나 외관은 음란물이 아니지만, 일정한 조각에 의해서 음란성이 현재화(顯在化)되는 것에 대해서도 음란성을 인정해 왔다. 이러한 견해를 전제로 한다면 현상하지 않은 음란한 필름도 구입하여 현상이라는 일정한 조각을 한 경우에는 음란성이 현재화 되어 음란물의 배포, 판매죄가 성립되지만, 현상되지 않은 음란한 필름을 그대로 전시한 경우에는 바로 그 음란성이 현재화될 수 없기 때문에 공연전시죄가 성립하지 않는 것은 당연할 것이다. 그렇다면 사이버상에서 모자이크 처리(음란성이 현재화되지 않은)된 음란물이 별다른 제한 없이 불특정 다수인에게 접할 수 있는 상태가 되었다고 하더라도 그 상태로는 공연음란죄의 법익인 성풍속이 침해될 위험성이 있다고 할 수 없어, 역시 배포, 판매죄는 성립될 수 있어도 공연전시죄의 성립에는 무리가 있다고 하지 않을 수 없다. 따라서 모자이크 처리된 사이버포르노에 대해서는 종래 「전시」의 개념으로는 파악하기 어렵다고 하지 않을 수 없다[19]. 나아가 인터넷상 음란물의 경우에

도 호스트 서버의 화상데이터 다운로드와 그 디스플레이의 표시가 브라우저라고 불리는 소프트웨어에 의해 거의 동시에 행해진다고 하여도 역시 그 실태(實態)는 데이터의 「전송」일 뿐만 아니라, 인터넷 사용자가 보고 있는 것도 호스트 서버상의 음란물이 아닌 사용자 컴퓨터 내에 수신된 파일(호스트 컴퓨터에서 사용자의 컴퓨터로 복사된)이기 때문에 공연성이 결여되어, 이것에 대해서도 “공연하게” 전시라고 하기에는 무리가 따른다고 하지 않을 수 없다. 따라서 유형적 정보인 음란 「물」과는 달리 사이버상의 무형적 정보에 있어서는 위와 같은 행위를 굳이 말하자면 디지털화된 음란물의 배포에 불과하고, 그렇기 때문에 행위대상에 있어서 배포와 전시의 구별을 애매하게 하고 있다고 하지 않을 수 없다.

4. 결론

일정한 사회적 요청에 의하여 제정된 법은 단순한 사실을 기술한 것이 아니라 사회구성원이 원하는 사회적 가치를 담고 있다. 따라서 법에서 사용되는 용어는 일상의 용어와 정확히 일치하지 않는 경우가 있기 때문에 일상적으로 사용하는 「물(物)」과 같은 기본적인 용어조차도 특수한 의미를 갖게 되는 경우가 종종 있다. 그리하여 법률상의 용어는 법해석학이라는 방법론을 통하여 사회적 사실에 적용하지만, 사회가 급변하는 경우에 있어서는 그 해석에 의한 적용의 한계가 발생할 때가 있다. 그 한계의 한 장면으로서 지적되고 있는 곳이 바로 정보화에 관한 범영역이라고 할 수 있다.

앞에서 살펴 본 것처럼 정보화 관련 다양한 법률들이 존재한다고 하는 것은, 정보가 사회경제적으로 커다란 변화를 가져왔다는 것을 의미할 것이다. 더구나 정보는 그것이 가지고 있는 사회적 유용성과 해악성이라는 상반된 관점에서 법적 보호와 규율의 대상이 되어 그 경계를 명확히 하여야 하지만, 위에서 살펴본 바와 같이 정보의 특성과 법체계에 의한 일정한 한계를 인정하지 않을 수 없다.

이러한 문제점을 전제로 하여 본고는 현행법상 정보의 보호방식을 우선, 정보의 특성에 따라 무형적 정보와 유형적 정보로 대별하여, 유형적 정보가 유체물을 전제로 한 현행법체계에도 순응할 뿐만 아니라 그 보호범위를 명확히 알 수 있다고 하는 점을 확인하였다. 다만, 무

형적 정보는 그 보호방식을 현행법의 규정형식에 따라 i)정보가 가진 「비밀」 등과 같은 일정한 의미를 보호 대상으로 하는 방식과, ii)특정한 정보에 배타권을 인정하는 「저작권」 방식으로 구분하여 그 한계를 분명히 하였다. 다만, 정보와 같은 무형제에 절도의 개념을 적용하는 것은 종래 판례[5]에도 불구하고 그 어느 방식에도 해당한다고 볼 수 없어 법적보호의 사각에 방치되어 있다고 할 수 있다. 따라서 본고는 이에 관한 입법형식으로서 재산법적 구성과 부정경쟁법적 구성의 두 가지 방식 중, 재물죄를 원칙으로 하는 재산법규정 중에 일정한 범위 내에서 재산적 가치가 있는 정보를 재물로 취급하는 이른바 “정보재산적 어프로치”가 이론적으로도 타당하다고 생각한다[13].²⁾

참 고 문 헌

[1] 김운석(2011), 개인정보보호 2.0시대의 개인정보보호 법개관, 법학연구, 제22권2호, 9면.
 [2] 김일수(2001), 형법각론, 박영사, 545면에서 김교수는 컴퓨터그래픽 자료, 컴퓨터프로그램 등은 포괄적인 음란물건에 해당한다고 하고 있다. 박희영(2002), 사이버음란물 유포행위와 형사책임, 법학연구, 제43권1호, 139면.
 [3] 배중대(2010), 형법각론, 홍문사, 357면, 이재상(2012), 형법각론, 박영사, 254면.
 [4] 대판 1999.2.24. 선고98도3140.
 [5] 대판 2002.7.12. 선고2002도7455.
 [6] 대판 2003.7.8. 선고2001도1335. 정완(2012), 인터넷상 음란정보 유통에 관한 대법원 판례동향 고찰, 경희법

학, 제47권2호, 56면.
 [7] 대전일보(2012.10.12), “4년간 경찰 개인정보 유출증가”.
 [8] 장영민(1996), 개정형법의 컴퓨터범죄, 고시계(통권 475호), 43면이하.
 [9] 정혜영(2010), 개인정보보호법의 내용과 체계에 관한 분석, 공법학연구, 제12권4호, 414면이하참조.
 [10] 허일태(2010), 재산범죄와 형법상 재물의 개념, 법학논총, 제30집1호, 64면.
 [11] 홍민지(2008), 핵심정보기술의 보호를 위한 관련법규의 형사법적 검토, 법학연구, 제11집3호, 153면.
 [12] 황태정(2009), 개인정보보호법안의 입법체계 검토, 형사정책연구, 제20권1호, 623면.
 [13] 阿部純二外(1993), 情報財産犯, 「刑法基本講座5」, 法學書院, 47면이하.
 [14] 園田 壽(2011), 情報社會と刑法, 成文堂, 2면이하.
 [15] 園田 壽(2011)의 논문 「刑法における情報の位置づけ」에 의하면, 정보를 그 특성에 따라 무형적 정보와 유형적 정보로 구분하였다(http://sonoda-e-jurist.net).
 [16] 園田, 앞의 책, 102면.
 [17] 林紘一郎(2009), 「個人データ」の法的保護: 情報法の客體論・序説, 情報セキュリティ綜合科學, 第1号, 81면.
 [18] 林紘一郎(2009), 앞의 논문, 84면.
 [19] 名古屋高判昭和41・3・10, 高刑集19卷2号, 106면.
 [20] 平野 潔(2007), 情報の刑法的保護, 人文社會論叢, 122면.
 [21] 山口 厚(2003), 刑法各論, 有斐閣, 212면.
 [22] 安富 潔(2004), デジタル・フォレンジック-情報セキュリティとその法的問題-

1) 대법원은 컴퓨터에 저장된 정보가 절도죄의 객체로서 재물에 해당되는지 다툼 사건에서, 「정보 그 자체는 유체물이라고 볼 수 없고, 물질성을 가진 동력도 아니므로 재물이 될 수 없다 할 것이며, 또 이를 복사하거나 출력하였다 할지라도 그 정보 자체가 감소하거나 피해자의 점유 및 이용가능성을 감소시키는 것이 아니므로 그 복사나 출력행위를 가지고 절도죄를 구성한다고 볼 수 없다」고 판시하였다(대판 2002.7.12. 선고2002도7455). 그러나 일본에서는 이와 유사한 사건에서 절도죄를 인정하는 정반대 판결을 하였다. 즉 i)新藥産業スパイ事件: 국립예방위생연구소의 기권(技官) 등이 후발계약회사의 간부와 공모하여 신약에 관한 비밀자료를 카피할 목적으로 일시적으로 반출하여 사용한 사건이다. 판례는 정보 내지 사상, 관념 등이 화체된 용지의 매체가 일본의 형법제235조에 해당하는지의 판단에서 정보의 재물성은 정보와 분리된 매체의 소재만이 아닌, 정보와 매체가 합체된 전체에 대해서 판단해야 하고, 단지 재물로서의 가치는 주로 매체에 화체된 정보의 가치에 의하게 된다고 하는 것을 부정할 수 없다고 하여 절도죄를 인정하였다(東京地判昭和59・6・28, 刑月16卷5・6号476頁). 또한 ii)大日本印刷事件: 피고인이 근무하는 회사에서 무단으로 품의(稟議)결재일람표를 포함한 비밀자료의 원본을 빌려 동회사의 다른 사물실에 가서 복사기와 감광지를 이용하여 복사하여 다른 회사의 사원에게 매각한 사건이다. 판례는 피고인이 당초 의도한 대로 대일본 인쇄 내에서 원하는 대로 동사의 기밀서류를 동사 소유의 감광지에 동사의 복사기를 이용하여 복사하고, 이것을 회사 밖으로 반출하였기 때문에 전체적으로 보아 단순한 감광지의 절취가 아니라 동 회사소유의 복사한 위의 품의결재일람표를 절취한 것을 인정하는 것이 상당하다고 하여 절도죄를 인정하였다. (東京地判昭和40・6・26下刑集7卷6号1319頁)에 있어서 절도죄의 성립을 인정하였다.

2) 예컨대 일본의 형법제245조는 “전기는 재물로 간주한다”고 하는 규정을 둔 것처럼, 물질·에너지·정보재라고 하는 형태를 입법을 통해서 재물죄의 객체를 인정할 수 있을 것이다.

[23] IT DAILY(2012.10.3), “2년간 개인정보 유출 6천여 만건”.

김 형 만



- 1986년 2월: 숭실대학교 법학과(법학사)
- 1988년 2월: 일본명치(明治)대학원 법학과(법학석사)
- 1995년 2월 : 일본 명치대학원 법학과(법학 박사)
- 1996년 9월 ~ 2008년 2월 : 대불대학교 경찰행정학과 부교수

- 2008년 3월 ~ 현재 : 광주대학교 경찰법행정학부 교수
- 관심분야: 사실인정, 오판, 피해자소송참여
- E-Mail: hmkin57@gwangju.ac.kr

양 명 섭



- 1995년 2월: 전북대학교 전자계산학과 이학석사
- 1999년 2월 : 전북대학교 전자계산학과 이학박사
- 2000년 ~ 현재 : 초당대학교 컴퓨터학과 교수
- 관심분야 : 정보화정책, HCI

- E-Mail: msyang@cdu.ac.kr