

인터넷불법게시물을 방임하는 인터넷서비스제공자의 형사책임

유인창*

Criminal liability of Internet Service Provider who leave illegal posting to take its own course

Yoo In Chang *

요약

인터넷은 오늘날 3천 7백여명이 이용할 정도로 가장 거대하고 참여적인 표현촉진의 매체로 이용되고 있다. 인터넷은 사회구성원간의 집단적 의사소통을 가능하게 하여 건전한 여론형성과 민주주의 발전에 공헌을 하기도 하지만, 형법이 금지하고 있는 불법게시물에 의한 범죄행위를 대량으로 확산시키는 부정적인 모습도 가지고 있다.

인터넷상의 정보유포에 관여하는 행위자는 정보제공자, 이용자, 인터넷서비스제공자 등 3부류로 유형화 된다. 인터넷상에서 발생하는 불법게시물은 IP에 의하여 비롯되는데도 IP에 대한 형법적 규제는 무력하며 무의미하다. 수를 헤아리기 어려운 이용자와 표현의 자유와의 경계가 분명하지 않기 때문이다. 따라서 인터넷상의 불법게시물로 인한 위험방지를 위한 형사정책적 수단은 불법게시물을 저장하거나 접속을 매개해주는 ISP에 대한 규제가 효과적인 방법이다. 그럼에도 불구하고 ISP규제에 관한 법률은 미비한 실정이다. 신중한 입법론적 검토가 이루어져야 한다. 그 검토는 죄형법정주의의 적정성의 원칙과 명확성의 원칙에 충실하여야 한다.

▶ Keywords : 인터넷, 정보제공자, 이용자, 인터넷서비스제공자, 형법

Abstract

Nowadays Internet is the greatest and most participating media of prompting expression with 37 million users in Korea. Internet enables collective communications between social members and contributes to form sound public opinions and to develop democracy while it has negative aspect to distribute massively crime by illegal posting which is forbidden by the Criminal Act.

Criminal actors who involve to diffuse information on Internet consist of three categories of information provider, user and internet service provider. Illegal posting generated on Internet is originated from IP and the criminal regulation on it is useless and meaningless because of its

* 중부대학교 경찰행정학과(Dept. Police Administration, Joongbu.University) 부교수(associate professor)

• 투고일 : 2012. 8. 3, 심사일 : 2012. 8. 5, 게재확정일 : 2012. 8. 7.

countless of users and ambiguous boundary with liberty for expression. Accordingly, the only criminal policy means to prevent danger by illegal posting on Internet is to regulate ISP which saves illegal posting and mediates contacts among users. In spite of it, legislation to regulate ISP is unprepared. The prudent legislative review should be done. And it should be accordance with the doctrines of propriety and vagueness of the principle of "nulla poena sine lege".

▶ Keywords : internet, information provider, user, internet service provider, Criminal Act

I. 서 론

인터넷은 이른바 정보통신매체로서 종래의 인쇄매체, 영상매체, 전자매체 등과 대비하여 진입장벽이 낮고 표현의 쌍방향성이 보장되며 그 이용에 적극적인 특성을 지니고 있어, 오늘날 3천 7백여명이 이용할 정도로 가장 거대하고 참여적인 표현촉진의 매체로 정의되고 있다. 인터넷은 뉴스, 메일, 쇼핑, 채팅 등의 다양한 서비스를 통하여 사회구성원간의 집단적 의사소통을 가능하게 하여 건전한 여론형성과 민주주의 발전에 공헌을 하기도 하지만[1], 누구의 간섭도 받지 않고 자유롭게 하고 싶은 말을 다 할 수 있다는 사이버공간의 특성인 비대면성, 익명성 등[2]을 이용하여 형법이 금지하고 있는 불법게시물에 의한 범죄행위를 대량으로 확산시키는 부정적인 모습도 가지고 있다.

이러한 인터넷의 특징으로 인하여 사이버공간에서의 형법적 범죄행위의 일반예방의 효과는 정보제공자 및 이용자의 단속만으로는 효과를 기대하기 어렵다. 왜냐하면 거기에는 사이트운영자 즉 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider ; 이하 ISP라 함)의 영향력이 직·간접적으로 미치기 때문이다. ISP의 존재는 인터넷정보의 연결고리에 의한 정보통신의 유용성을 더해주는 요인이 됨과 동시에 인터넷상의 형법적 법익침해의 근본 원인을 제공하거나 강화하는 요인이 되기도 한다. 즉 ISP는 정보통신망을 직접 지배하거나 매개함으로써 사이버공간에서의 불법게시물을 직접 유포시킬 수도 있고, 타인의 불법게시물유포를 차단·삭제 등의 직접적인 대응조치를 취할 수 있는 양면적 지위를 가지고 있다. 그러나 이처럼 인터넷상에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있는 ISP행위에 대한 규제법규는 미비한 실정이다.

오늘날 인터넷의 막강한 사회적 영향력을 고려할 때 사이버공간에서 불법게시물이 대량 유포되고 있는 상황에서 이를 묵인하거나 아무런 조치를 취하지 않는 ISP의 형사책임을 검토할 필요가 여기에 있다. 이하 본고에서는 정보통신망에 불

법게시물이 유포되는 상황에 대하여 이를 방입하는 ISP에 대한 형사책임의 가능성여부에 대하여 법이론적으로 검토한다.

II. ISP의 유형과 형사책임

1. ISP의 유형과 형사책임

인터넷상의 정보유포에 관여하는 행위자는 ① 정보통신망에 게시물을 제공(생산)하는 정보제공자(Information Provider ; 이하 IP라고 함) ② 정보제공자가 제공한 게시물을 이용하는 이용자(User) ③ 정보제공자와 이용자사이에서 게시물의 유포를 기술적으로 가능하게 해주는 ISP 등 3부류로 유형화 된다.[3] 이 중 ISP는 전기통신사업자(전기통신사업법 제2조 제8호), 정보통신서비스제공자(정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제3호 ; 이하 정보통신망법이라 함), 온라인 서비스제공자(저작권법 제2조 제30호)등 다양한 개념으로 사용되고 있다.[4]

ISP는 3가지 형태로 분류된다. 첫째 ISP 자신이 정보제공자(IP)가 되어 불법게시물을 유포시키는 형태이다. 둘째 User들이 정보통신망에 접근하는 것을 중개함에 불과하거나, 실시간 통신서비스를 제공한 것에 불과한 단순한 접속제공자(Access Provider)인 경우이다. 셋째 ISP가 자신이 지배하는 정보통신망에 정보를 저장해 주는 서비스를 제공하는 호스트서비스제공자(Host Service Provider)인 경우이다.

첫 번째의 경우에는 ISP가 정보통신망에 타인이 이용할 수 있도록 자신의 게시물을 유포하면 IP가 되기 때문에 자기 책임의 원칙에 따라 그에 대한 고의책임을 진다. 예컨대 ISP가 정보통신망에 타인을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 게시물을 게재 할 경우에는 정보통신망법 제70조에 의하여 사이버 명예훼손죄로 처벌된다. 특별히 논할 필요는 없다. 두 번째의 경우는 일반적으로 고의가 인정되지 않아 ISP의 행위를 형법상

구성요건으로 포함할 수 없다. 첫 번째와 마찬가지로 특별히 논할 필요가 없다. 세 번째의 경우에는 ISP는 자신이 직접 불법게시물을 게재하는 것이 아니고, 타인이 게재한 불법게시물을 단지 방임하는 행위에 불과하므로 불법게시물에 대한 직접적인 책임을 물을 수는 없다. 그러나 정보통신망에 게재된 불법게시물을 차단·삭제할 수 있음에도 불구하고 이를 방임하는 ISP의 행위는, 불법게시물을 게재한 IP와 규범적으로 유사하게 평가될 수 있다는 점에서 그 가벌성의 여부가 문제될 수 있다. 따라서 본고에서의 ISP개념은 IP개념이 제거된 세 번째 의미의 ISP로 한정 한다.

2. 외국의 사례

독일은 정보통신서비스법(Teledienstegesetz ; TDG)에서 ISP는 자신이 지배하는 정보통신망에 유포되거나 저장되어 있는 게시물을 감시하거나, 위법한 행위를 암시하는 상황에 대하여 조사할 책임이 없다(제8조 제2항 제1문)라고 규정하여 상시적인 모니터링의무를 배제하고 있으며, 불법게시물에 대한 인식이 없거나, 불법게시물을 인식할 경우에 즉시 당해 불법게시물을 삭제하거나 접속차단을 하는 조치를 취하는 경우에는 책임을 지지 않는다(제11조 제1문). 그러나 불법게시물 삭제나 차단조치에 관하여 법률적·기술적으로 삭제나 접속차단이 불가능할 경우에는 ISP의 책임은 부정되지만, 법률적·기술적으로 즉시 삭제나 차단조치가 가능함에도 불구하고 그러하지 않았을 경우에는 그에 대한 책임을 진다(제8조 제2항 제2문).

미국은 통신품위법(Communications Decency Act ; CDA)에서 ISP나 User들은 IP에 의해 공급되는 정보의 발행자 또는 발언자로 취급되지 아니한다(제230조)라는 규정과, 미 연방 제4 항소법원의 Zeran v. America Online사건^[5]에 의하여 ISP는 불법게시물을 적극적으로 감시하거나 삭제해야할 어떤 의무도 부담하지 않으며, IP가 유포한 불법게시물의 존재를 피해자의 삭제요청 등으로 알았거나 알 수 있었던 경우에도 그에 대한 책임을 지지 않는다. 미국은 ISP가 불법게시물을 유포하였다는 점이 입증되지 않는 이상 어떠한 경우에도 책임을 지지 않는다.

III. ISP의 형사책임에 대한 검토

ISP가 정보통신망에 정보통신망법 제44조의 7 제1항 등의 불법게시물이 유포되고 있는 사실을 방임하는 경우에는 ISP 자신이 직접적으로 범행을 지배한 것이 아니라 타인의

범죄행위를 방임한 데 불과하다는 점에서 정범으로 보기 어렵고, 적극적으로 불법게시물을 게재한 것이 아니라는 점에서 작위범으로도 보기 어렵다. 따라서 ISP의 방임행위가 작위행위인지, 아니면 부작위행위인지를 먼저 검토해야 할 필요가 있다. 작위범과 부작위범의 구성요건의 성립여부를 결정하는 것은 매우 중요한 일이다. 부작위범은 특별한 가벌성요건을 가지고 있기 때문에 이에 의한 형법의 이론구성이 달라지며, 그 이론구성에 의하여 형법의 효력발생이 결정되기 때문이다.

1. 작위범 또는 부작위범구분에 관한 검토

불법게시물이 게재되고 있는 상황을 방임하는 ISP의 행위 형태를 결정하는 것은 간단하지가 않다. ISP가 IP들이 불법게시물을 게재할 수 있도록 적극적으로 정보통신망을 제공하는 행위는 작위적 행위이며, 반면에 불법게시물의 게재를 차단하거나 삭제하지 않음으로써 범죄가 발생하는 것을 방임하는 행위는 부작위적 행위이기 때문이다.

작위와 부작위의 구별이 분명하지 않을 경우의 구별방법은 자연적 관찰방법과 평가적 관찰방법이 있다. 전자는 일정한 결과를 지향하는 신체적 활동이 있었는가 여부와, 이러한 적극적인 행위와 발생한 결과 간에 인과관계가 있는지를 확인하여 판단하는 방법으로써 이러한 요건이 구비되면 작위이고 그렇지 않으면 부작위라는 견해이며,^[6] 후자는 법적 비난의 중점 내지 사회적 의미의 중점이 어디에 있는가에 따라서 판단해야 할 평가의 문제로 보는 견해이다.^[7] 그러나 법적 비난의 중점이 어디에 있는가는 법률심리의 결과에 의하여 규명되는 것이므로 이를 자연적 관찰방법에 앞서 처음부터 작위와 부작위의 구별기준으로 삼기에는 타당하지 않다.^[8] 따라서 작위와 부작위의 구별이 명백하지 않을 경우에는 원칙적으로 자연적 관찰방법에 의하여 작위범을 검토하고, 작위범이 성립하지 않는 경우 보충적으로 평가적 관찰방법에 의하여 부작위범을 검토하여야 한다는 것이 일반론이다. 관례도 자연적 관찰방법을 우선적으로 적용하여 작위와 부작위의 행위를 구별하는 입장이다.

자연적 관찰방법으로 볼 때, ISP의 정보통신망제공행위와 연관된 작위적인 행위는 현실적으로 서버의 설치와 운영, User들에 대한 접속서비스의 제공, IP에 대한 정보저장서비스 등의 행위 정도이다. 일반적으로 ISP의 이러한 작위행위는 불법게시물을 게재하거나 범죄행위를 목적으로 하지 않는다. 더군다나 ISP의 이러한 작위행위는 사회적 의사소통과 정보교환에 상당한 기여를 하고 있으며, 최소한의 불법행위는 아니다. 물론 ISP의 이러한 작위행위는 불법게시물의 생산과 유포에 인과적으로 기여하여 사회적 위험을 발생시키는 요

인으로 작용하는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 이러한 불법행위는 ISP가 인터넷 정보통신서비스 제공행위에 의하여 발생하는 것이 아니라 ISP가 제공하는 정보통신망을 IP들이 악용하고 남용하는 데서 발생하는 것이다. 또한 정보통신망제공행위에 의한 불법게시물의 유포가 조건설에 의해 인과적으로 인정된다 하더라도 결과책임을 ISP에게 귀속시킬 수는 없다. ISP의 정보통신망제공행위는 범죄를 목적으로 제공한 것이 아니므로 구성요건적 고의가 부정될 뿐만 아니라 객관적 귀속이론에 의해서도 위험창출행위나 위험증대행위는 없기 때문이다. 이러한 이유로 ISP의 정보통신망제공행위는 형법이론적으로 허용된 위험에 속하는 것으로써 작위에 의한 구성요건으로 포섭할 수 없다는 견해는 타당하다.

자동차, 전기, 원자력처럼 사회적 위험은 존재하지만 허용된 위험이론에 의하여 이것들의 사용을 구성요건에 포섭할 수 없는 것처럼, ISP의 정보통신망 제공행위도 이미 현대의 문명생활에 필수불가결한 요소로 자리매김하였기 때문에 위험요소가 있다하여 그 사용자채를 구성요건으로 포섭할 수는 없다 할 것이다. 결과적으로 정보통신망을 제공하는 ISP의 행위는 작위에 의한 구성요건으로 포섭할 수 없다. 다만 처음부터 사이버도박장제공, 음란물제공, 자살정보제공, 청부살인정보제공 등과 같은 범죄목적 가지고 정보통신망을 운영하는 ISP에 대하여는 작위에 의한 범죄행위가 당연히 성립한다.

평가적 관찰방법에 의하면 예컨대 주인으로부터 퇴거요구를 받은 A가 퇴거를 하지 않기 위해 마당에 드러누운 경우 자연적인 관찰방법으로는 A가 드러눕는 작위를 하고 있지만, 중요한 것은 퇴거를 하지 않았다는 부작위인 것처럼, [9] ISP가 비난받는 중요한 이유는 정보통신망을 제공했다는 데에 있는 것이 아니라, 불법게시물을 차단 내지 삭제하지 않았다는 부작위에 있다 할 것이다. ISP의 행위에 대하여 부작위를 거론할 수밖에 없는 이유는 시간적으로 불법게시물이 정보통신망에 게시된 이후에 비로소 그에 대한 ISP가 통제 여부를 결정하는 것이 가능하기 때문이다. 불법게시물의 게재와 관련하여 ISP의 형법적 행위평가는 ISP가 불법게시물에 대한 차단 내지 삭제의 조치를 취하지 않았다는 부작위에 의한 구성요건으로 포섭하는 것이 타당하다.

2. 부진정부작위범 성립여부에 관한 검토

형법은 제18조에서 '위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생을 야기한 자가 그 위험발생을

방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다'고 규정하여 작위범의 구성요건을 부작위로 실현하는 부진정부작위범의 실정법적 처벌근거를 마련하고 있으나, 그 성립요건에 대해서는 학설에 위임하고 있다.

부진정부작위범이 성립하려면 일반적인 범죄성립요건인 객관적 구성요건요소 및 주관적 구성요건요소 등이 충족되어야 하는 것은 당연하며, 이외에도 특별한 요건인 보증인지위와 작위의무(보증인의무) 그리고 동가치성이 충족되어야 한다. 따라서 불법게시물에 대하여 차단 내지 삭제 등의 통제조치를 취하지 않은 ISP의 부작위를 구성요건에 포섭하려면 부진정부작위범의 특별한 성립요건이 충족되지 않으면 안 된다. 이하에서는 불법게시물의 유포를 방지할 보증인지위를 ISP에게 인정할 것인가, 만약 ISP에게 보증인지위를 인정한다면 그 근거는 무엇인가와 동가치성을 검토한다.

2.1 ISP의 보증인지위 및 작위의무 발생근거

보증인지위를 인정하기 위하여는 ① 법익의 담당자가 위험되는 침해에 대하여 스스로 보호할 능력이 없고 ② 부작위범에게 그 위험으로부터 법익을 보호해야 할 작위의무가 있고 ③ 부작위범이 이러한 보호기능에 의하여 법익침해를 야기할 사태를 지배하고 있을 것을 요한다. 보증인지위를 인정하기 위한 가장 중요한 요소는 작위의무이며, 작위의무는 법적의무일 것을 요한다.

보증인지위의 발생근거는 통설인 형식설에 의하여 법령, 계약, 선행행위에 한하며, 보증인지위에서 나오는 작위의무의 근거는 ① 법령에 의한 작위의무 ② 계약에 의한 작위의무 ③ 선행행위에 의한 작위의무 ④ 밀접한 연대관계에 의한 작위의무 ⑤ 기타 특별한 위험발생방지의무 등이다. ④와 ⑤는 통설의 사회상규, 조리를 실질설의 성과를 토대로 구체화한 것이고 ⑤는 형법 제18조의 전단을 고려한 것이다.

2.1.1 법령에 의한 작위의무

법령에 의하여 ISP에게 보증인의무가 발생하기 위해서는 법률에 ISP의 작위의무에 관한 명백한 규정이 있어야 한다. 정보통신망법은 ISP는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 사생활 침해나 명예훼손 등으로 타인의 권리를 침해하는 정보가 유포되지 아니하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다(제44조 제2항). 이 규정은 ISP가 구체적으로 어떠한 노력을 해야 하고, 그 노력을 하지 않았을 때 어떠한 처벌을 가하는지에 대한 규정이 없다는 점에서 추상적, 선언적 규정에 불과하다고 할 수 있으므로, [10] 이 규정을 ISP의 보증인지위의 근거로 할 수는 없다.

또한 ISP는 불법게시물로 인한 피해자나 또는 그러한 불

법게시물을 인식한 방송통신위원회의 삭제요청을 받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 취하여야 하고(제44조의 2 제2항 및 제3항, 제73조 제5호), 그러한 요청이 없는 경우에도 불법게시물이 인정되는 경우 스스로 임의로 임시조치를 할 수 있다(제44조의 3 제1항)고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 ISP는 불법게시물이 유포되고 있는 사실을 인식하고 있다하더라도 피해자나 또는 방송통신위원회로부터 불법게시물에 대한 삭제요청이 있기 전까지는 불법게시물을 삭제하지 않아도 되며, 임시조치규정(제44조의 3 제1항)은 임의규정이므로 피해자나 또는 방송통신위원회로부터 삭제요청이 있기 전까지는 불법게시물이 유포되고 있다는 사실을 인식하고 있다라도 ISP는 불법게시물을 삭제하던 안하던 마음대로 할 수 있다. 따라서 임시조치규정(제44조의 3 제1항)은 의무규정이 아니라 권리규정이라고 보는 것이 타당하다. 피해자나 방송통신위원회의 삭제요청이 있으면 반드시 삭제하여야 한다는 제44조의 2 제2항에 의하여 ISP에게 법률상 작위의무가 부여된 듯보이나 이 작위의무는 피해자 또는 방송통신위원회의 요청에 의하여 발생하는 것이라는 점에서 부진정부작위범의 작위의무가 아닌 진정부작위범형태의 구성요건이며, 또한 이 작위의무는 매우 구체적이고 특별한 불법게시물차단에 한정된 것이므로 이 규정에 의하여 ISP에게 일반적인 보증인지위를 인정하기는 어렵다.

2.1.2 계약에 의한 작위의무

네이버의 약관을 보면, 회원이 서비스와 관련하여 게재한 정보, 자료, 사실의 신뢰도, 정확성 등의 내용에 관한 사항에 대하여는 네이버는 책임을 지지 않으며(제21조 제3항), 회원 간 또는 회원과 제3자 상호간에 서비스를 매개로 하여 거래 등을 한 경우에도 역시 네이버는 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다(제21조 제4항). 또한 게시물이 정보통신망법 및 저작권법 등 관련법에 위반되는 내용을 포함하는 경우에 관리자의 요청이 있으면 해당 게시물의 게시중단, 삭제, 임시조치 등을 할 수 있으며(제16조 제1항), 관리자의 요청이 없는 경우라도 게시물이 정보통신망법 및 저작권법 등 관련법에 위반되는 내용을 포함하는 경우에 해당 게시물의 게시중단, 삭제, 임시조치 등을 할 수 있다(제16조 제2항)는 규정을 두고 있다.

위의 약관을 분석하면, 관리자의 요청이 있던 없던 차단·삭제 등의 ‘임시조치를 취할 수 있다’라고만 규정되어 있을 뿐(임의규정), 임시조치를 반드시 ‘취하여야 한다’란 강제적 의무규정은 없다. 결국 ISP는 불법게시물에 대하여 삭제 및 임시조치를 취할 수 있다는 것은 권리이지 의무가 아니다. 한마디로 회원 및 이용자들간에 발생하는 불법행위에 대해서 네이버는 책임이 없다는 것이다. 네이버의 이러한 약관은 다음,

야후 등의 약관에서도 판박이처럼 확인되었다. 따라서 계약에 의하여도 ISP에게 일반적인 보증인지위는 인정될 수 없다.

2.1.3 선행행위에 의한 작위의무

자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자는 그 위험이 구성요건적 결과로 발전하지 않도록 해야 할 작위의무가 있다(형법 제18조 후단). 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기하여야 하므로, 위험이 타인의 행위에 의해 야기될 때에는 선행행위에 의한 작위의무가 아니다.[11] 선행행위에 의한 보증인의무를 인정하려면 첫째 선행행위는 결과발생에 직접적이고 상당한 위험을 야기할 수 있는 것이어야 하며, 둘째 선행행위는 객관적으로 의무에 위반한 위법한 것이어야 하며, 셋째 의무위반은 그 법익을 보호하기 위한 규범을 침해한 것이어야 한다.

ISP의 행위는 정보통신망을 제공한 작위와 불법게시물을 방입한 부작위이다. ISP의 선행행위는 정보통신망을 제공한 행위로서 ISP의 정보통신망제공행위가 불법게시물 유포란 결과에 직접적이고 상당한 위험을 야기하였다고 볼 수는 없다. 뿐만 아니라 ISP의 정보통신망제공행위는 사회적 의사소통과 정보교환에 상당한 기여를 하고 있는 합법적인 행위이며, 불법게시물 유포에 의한 위험발생의 야기는 타인인 IP의 행위에 의하여 비롯된 것이므로 ISP에게 선행행위에 의한 작위의무는 인정하기 어렵다.

2.1.4 밀접한 연대관계에 의한 작위의무

밀접한 생활관계나 위험공동체에 속해 있는 사람들은 깊은 신뢰관계로 인하여 다른 구성원이 위험에 직면했을 때 구조해야 할 작위의무의 근거가 된다. 예컨대 사실혼관계에 있는 사람, 동거자, 약혼자, 형제자매 사이에는 서로 보증인지위가 인정되고, 등반대, 탐험대 등도 위험공동체의 구성원에 대해서도 서로 보증인지위가 인정 된다. 이에 의하면 ISP는 불법게시물을 유포하는 IP들과 밀접한 연대관계에 있지 않으므로 보증인지위가 인정 될 수 없다.

2.1.5 위험원통제에 기인하는 작위의무

주택, 토지, 시설, 물건 등 일정 영역에 대하여 통제권을 가지고 있는 자에게는 그 지배영역 내에서 발생할 수 있는 위험원으로 부터 타인의 법익이 침해되지 않도록 안전을 확보하고 위험의 발생을 방지해야 할 작위의무가 인정된다. 따라서 위험원을 사실상 지배·통제하고 있는 자에게만 위험원에 대한 안전조치의무를 인정할 수 있다. 이러한 의미에서 ISP에게 위험원 통제의 작위의무를 인정할 수 있는가는 일차적으로 ISP가 지배하고 있는 정보통신망을 ‘위험원’으로 파악할 수 있는지를 먼저 검토해야 하고, 이차적으로 ISP에게 정보통신

망에 대한 사실상의 통제권이 있는지에 대한 검토를 해야 한다. 이 두 가지가 모두 충족되면 ISP에게 위험원통제에 기인하는 작위의무가 인정될 수 있을 것이다.

2.1.5.1 위험원으로서의 성질

필요한 정보를 수집하고 공유하며, 현재의 자리에서 누구와도 소통할 수 있는 등의 문화적 매개체로서의 정보통신망의 본질은 위험원이 될 수 없다. 그러나 자동차, 식칼, 벽돌, 야구방망이 등도 쓰기에 따라서 흉기가 될 수 있듯이, 정보통신망도 그 쓰임에 따라서 얼마든지 형법적 법익침해의 도구로 활용될 수 있다는 측면을 고려한다면 위험원으로서의 성질을 갖는다고 보아야 한다. 실제로 그 사례를 일일이 열거할 수 없을 정도로 우리사회에서 범죄행위의 도구로 정보통신망이 이용되고 있는 현실을 감안한다면 정보통신망을 위험원으로 인정하지 않을 이유가 없다. 이에 대하여 ISP의 활동 자체가 특별한 위험원을 창출하지는 않고 그러한 위험발생은 제3자의 행위를 통하여 비로소 발생하는 점에서 정보통신망은 위험원이 될 수 없다는 견해도 있지만, 사람이 정보통신망을 이용하여 위험을 발생시키는 것과, 정보통신망자체가 위험원로서의 요소가 된다는 것과는 의미가 다른 것이다.

이에 대하여 민사책임에 대한 것이지만 대법원판례를 참고할 필요가 있다. 대법원은 “... ISP는 인터넷게시공간이라는 위험원을 창출·관리하면서 그로 인한 경제적 이익을 얻고 있으므로 ... 위와 같은 위험으로 인하여 피해가 발생하지 않도록 상황에 따라 적절히 관리하여야 할 주의의무가 있다. ... 따라서 ISP는 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물의 불법성이 명백하고 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식하고 있었음이 외관상 명백히 드러나며 또한 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있다”고 판시하여 정보통신망을 위험원으로 분명하게 보고 있다.

2.1.5.2 ISP의 정보통신망 통제가능성

ISP의 정보통신망 통제가능성의 여부는 ISP가 해당 불법 게시물에 대한 인식과 그리고 그러한 위험의 차단·삭제기술을 보유하고 있는지에 따라 결정될 것이다. ISP가 단순한 접속 제공자(Access Provider)일 경우에는 일시적·자동적으로 저장되는 불법게시물에 대한 인식과 인용 즉 고의를 인정할 수도 없지만, 그러한 접속서버 또는 중재서버의 경우 기술적

으로도 불법게시물을 필터링하는 것이 불가능한 것으로 알려져 있기 때문에 이러한 ISP에게 작위의무를 인정하여 형사책임을 물을 수는 없다.

반면에 자신이 지배하는 정보통신망에 정보를 저장해 주는 서비스를 제공하는 ISP(Host Service Provider)는 첫째 네이버, 다음, 네이버, 싸이월드, 야후코리아 등과 같은 ISP는 하루평균 5,000 내지 10,000건 정도의 기사를 제공 받아 네티즌들에게 전달하고 있을 뿐만 아니라 이 기사를 정치·사회·경제·연예 등 분야별로 분류하고 속보성·화제성·정보성 등의 기준에 따라 시사를 취사선택하여 분야별 뉴스란에 배치하며 기사의 제목을 변경하기도 하는 등의 기존의 언론매체처럼 취재, 편집, 배포의 언론매체 3대 기능을 모두 수행하고 있는 능력을 갖춘 점, 둘째 금칙어 설정 등의 방법으로 불법게시물의 검색을 충분히 막을 수 있는 점, 셋째 필터링프로그램 등을 이용하여 불법게시물을 삭제하기 위한 기술적·경제적 능력을 갖춘 점¹²⁾ 등의 이유로 정보통신망을 통제할 수 있다고 본다. 특히 수많은 정보를 각 분야별로 분류할 수 있다는 점은 불법게시물이란 위험원을 사실상 통제·관리할 수 있다는 반증이라고 할 수 있다.

ISP의 정보통신망 통제가능성이 인정된다면 불법게시물에 대한 ISP의 인식가능성의 시간적 범위를 검토해야 한다. 인식가능성의 시간적 범위에 따라 ISP의 작위의무의 성립시기가 결정되기 때문이다. 사이버범죄 특히 사이버범죄에서 주류를 이루는 사이버 명예훼손죄는 그 침해가 순간적이고 광범위하며 피해자가 대응할 시간적 여유가 없다는 점에서 오프라인에서 발생하는 범죄보다 그 피해의 충격성은 매우 크다. 피해자와의 이러한 연관성을 고려한다면 ISP에게 구체적·확정적 인식이 아닌 불법게시물의 유포를 알 수 있었거나 또는 알 수 있었을 때 고의를 인정하여 작위의무를 범위를 넓게 부여하는 것이 바람직할 수도 있을 것이다. 그러나 문제의 본질은 ISP의 정보통신망제공행위에 있는 것이 아니라 IP가 정보통신망을 악용하는데 있는 것이고, 또한 ISP는 이미 언론으로써 그 영향력에 의한 사회적 책임을 부담하여야 한다는 점에 있으므로, ISP에게 그 불법게시물을 직접 게시한 IP나 피해자와는 별개로 독자적인 법리에 따라 책임을 묻는 것이 객관적이다.

불법게시물에 의한 피해자의 삭제요구가 없는 경우에도 ISP가 불법게시물의 존재와 그에 관한 불법성을 인식할 가능성은 항상 존재한다. 따라서 ISP는 ① 정보통신망에서 불법게시물이 유포되고 있다는 사실을 구체적으로 인식하였고 ② 나아가 그 게시물에 대해 적절한 통제를 가하지 않을 경우 피해의 발생이나 확대를 피할 수 없는 명백하고 현존하는 위험이 있고 ③ 삭제 등의 조치를 취하는 것이 기술적으로 가능한 경우에

한하여 고의에 의한 작위의무가 성립하는 것으로 하여야 한다.

2.2 동가치성 및 작위행위의 가능성

부진정부작위범이 성립요건인 동가치성은 부작용에 의한 구성요건적 결과가 구성요건에서 요구하는 수단과 방법에 의하여 행해질 것을 요한다는 의미이므로, 살인죄·상해죄·손괴죄·방화죄 등과 같이 작위범의 행위방법이 구체적으로 구성요건화 되어 있지 않은 범죄는 부작용의 행위방법에도 제한이 없으므로 특별한 의미의 동가치성은 없다(발생결과의 동가치성). 그러나 사기죄·공갈죄·특수폭행죄·특수협박죄·허위진단서작성죄처럼 구성요건적 결과가 일정한 방법에 의하여 발생될 것을 요하는 범죄에 있어서의 동가치성은 부작용이 구성요건이 요구하는 방법에 해당하여야 하므로 매우 중요한 의미를 갖는다(행위방법의 동가치성). 따라서 어떤 범죄의 행위가 부작용에 의하여 충족될 수 있는가의 문제는 결국 각칙상의 개별적인 구성요건의 해석에 의하여 결정된다.

작위의무를 수행할 수 있을 경우에 한하여 부진정부작위범이 성립하므로 동가치성과 함께 작위행위의 가능성도 검토하여야 한다. ISP 스스로가 불법게시물을 통제할 가능성이 존재하면 작위행위의 가능성도 존재하는 것이므로 부진정부작위범이 성립하지만, 기술적·법률적·경제적 제약 등에 의하여 작위행위를 하는 것이 불가능하면 작위의무의 수행이 불가능한 것이므로 부진정부작위범의 성립은 부정되어야 한다.

3. 부작용에 의한 방조범의 성립에 관한 검토

정범과 공범의 구분에 관한 우리나라 통설인 행위지배설에 의하면 구성요건에 해당하는 사전진행을 장악하여 그의 의사에 따라서 구성요건실현여부를 결정할 수 있는 자는 정범이고, 그런 것이 없고 단순히 범행을 야기·촉진한 사람은 공범이 된다.

ISP의 책임은 IP의 불법게시물로 인하여 법익침해가 발생하고 있는 상황에서 이를 차단·삭제하지 않고 방만한 행위이다. 통설에 의할 때 ISP의 방임행위를 정범의 표식인 행위지배라 인정하기 어렵다. 직접적인 구성요건실현을 위한 행위지배는 IP의 불법게시물 유포행위이기 때문이다. 특별히 ISP 스스로 IP가 되어 불법게시물을 유포하거나, ISP가 IP와 공모하여 불법게시물을 유포하여 정범의 표식을 갖지 않는 한 ISP에게 정범을 인정하기 어렵고, 또한 고의없는 타인에게 불법게시물을 정보통신망에 유포하라고 교사하는 유형이외에는 교사범의 성립도 생각하기 어렵다. 결론적으로 ISP의 부

작의에 의한 방임행위는 정범의 표식인 불법게시물유포행위(행위지배)와 동가치성을 인정하기 어렵고, 정보통신망제공행위는 방조의 동가치에 해당하는 것으로 판단되므로 ISP의 행위는 부작용에 의한 방조행위로 봄이 타당하다할 것이다. 판례도 구체적 논리를 제시하고 있지는 않지만 이 경우의 ISP의 행위를 방조범으로 판시하고 있다.

IV. 결론

인터넷상에서 발생하는 불법게시물은 IP에 의하여 비롯되는데도 IP에 대한 형법적 규제는 무력하다. 그 이용자 수가 방대한 것도 문제지만 기본권인 표현의 자유와의 경계가 분명하지 않기 때문이다. 따라서 인터넷상의 불법게시물로 인한 위협방지를 위한 형사정책적 수단으로 우리가 선택할 수 있는 것은 불법게시물을 저장하거나 접속을 매개해주는 ISP에 대한 규제가 효과적인 방법이다.

판례는 명백한 법적 근거를 밝히지 않은 채 ISP에게는 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물의 불법성이 명백하고, 관리·통제가 가능한 경우에는 그 게시물을 삭제하여야만 하는 작위의무가 부여되어 있다고 한다. 판례의 이러한 태도는 ISP의 사회적 영향력을 고려하고 인터넷에 의한 사회적 폐해성을 조금이라도 방지하고자 하는 의미로 이해된다. 하지만 판례의 태도는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하는 것이다. ISP의 규제법규인 정보통신망법이나 전기통신사업법 등 관련규제법규 어디에도 ISP의 작위의무가 명문화되어 있지 않기 때문이다. 본고에서는 불법게시물에 대한 ISP의 작위의무의 근거를 위원회에 대한 통제권으로 제시했지만 이것 역시 어디까지나 주관적 해석에 불과하다.

본고에서 고찰한 바와 같이 현행법상 불법게시물을 방임하는 ISP에 대한 형사처벌은 해석에 의하여 방조죄 이외에는 성립하기 어렵다. ISP의 형사처벌을 방조죄에 국한한다면 이것은 죄형균형이론에 부합하지 않는다. 일반적인 방조행위에 비하여 ISP의 방조행위는 그 사회적 폐해성이 비교할 수 없을 정도로 막심하기 때문이다. 사회방위차원에서 ISP의 형사 책임을 재고할 필요가 있다. 독일의 모델을 참조하여 ISP의 형사처벌을 방조범이 아닌 정범으로 규제할 수 있는 새롭고 명문화된 입법이 필요하다. 표현의 자유와 충돌할 우려가 있다는 지적이 있을 수 있으나, 현행 형법의 금지 및 명령규범에 위배되는 표현을 헌법상 기본권인 표현의 자유 뒤에 숨길 수는 없다.

참고문헌

[1] Choi, Suk-Yoon, "Defamation and Insult in Internet and Reaction of Criminal Law", Korean Journal of Comparative Criminal Law Vol. 12 No. 2, Korean Association of Comparative Criminal Law, p.541, 2010.

[2] Won, Hye-Wook, "Features of Internet crime and criminal types penalties", Korean Criminological Review Vol. 11 No. 2, Korean Institute of Criminology, p.95-96, 2000.

[3] Lee, Ho-Joong, "Gefährliche Informationen im Internet und Strafbarkeit der ISP", Korean Journal of Comparative Criminal Law Vol. 5 No. 2, Korean Association of Comparative Criminal Law, PP. 209-210, 2003. 12

[4] Oh, Kyung- Sik/Hwang, Tae- Jeong/ Lee, Jung-Hoon, "The Criminal Responsibility of On-Line Service Provider(OSP) about Defamation", Korean Journal of Criminology Vol. 22 No. 1, Korean Association of Criminology, p.260, 2010. 7

[5] Zeran v. America Online Inc., 129 F.3d 327(1997) ; Barrett v. America Online Inc., 40cal. 4th 33(2006).

[6] Pak, Sang -Ki, "General Principles of Criminal Law", Pakyoungsa, p.306, 2009.

[7] Bae, Jong-Dae, "General Principles of Criminal Law", Hongmoonsa, p.716, 2009.

[8] Lee, Jae-Sang, "General Principles of Criminal Law", Pakyoungsa, p.116, 2012.

[9] Oh, Young -kun, "General Principles of Criminal Law", Pakyoungsa, p.254, 2012.

[10] Jong, Sang-Jo, "Internet Portal,s Liability for Defamation", Seoul Law Journal Vol. 52 No. 2 June p.253, 2010. 6

[11] Jeong, Sung -kun, "General Principles of Criminal Law", Bubzisa, p.458, 1996.

[12] Si, Jin-Guk, "The Tort Liability from Violation of an Internet Total Information Provider,s Duty of Deleting or Blocking of unlawful Uplodings-Reviewof the Korean Supreme Court

en banc Decison 2008Da53812 Decided on April 16, 2009", The Justice Vol 114, The Korean Legal Center, pp.331-332, 2009. 12.

저자 소개



유인창

- 저자약력 중부대학교 경찰행정학과
부교수
- 관심분야 형법과 사회질서
- E-Mail: cosmos@joongbu.ac.kr