

무선랜 운영 및 이용의 형사책임에 관한 연구*

박 희 영**

국 | 문 | 요 | 약

이 논문은 보안이 취약하여 범죄의 수단으로 이용될 가능성이 큰 무선랜의 운영과 이용으로 발생하는 형법상의 문제를 검토하고 입법방안을 제시한다.

무선랜의 운영과 이용은 전기통신사업법(제30조)과 정보통신망법(제48조의 2)에 의해서 기본적으로 허용되지만 무선랜을 이용한 제3자의 불법행위까지 허용되는 것은 아니다. 무선랜 운영자는 제3자의 불법행위로 인하여 부작위에 의한 방조의 책임을 질 수 있다. 이러한 형사책임은 공개 무선랜의 활성화를 방해하기 때문에 이들의 책임을 ISP와 같이 제한해 줄 필요가 있다.

현재 ISP와 관련한 규정을 두고 있는 정보통신망법이나 저작권법은 무선랜 운영자를 포섭하지 못하므로 그 기능이 유사한 인터넷접속제공자의 면책과 유사한 규정이 필요하다. 하지만 무선랜 운영자의 책임제한법은 형사책임에 국한되는 것이 아니라 공법이나 민사법에 공통적으로 적용될 수 있는 일반적 책임제한법이어야 한다. 공개 무선랜의 책임 제한과 관련하여 이용자의 인증절차 강화는 오히려 공개 무선랜의 활성화를 저해할 수 있으므로 이에 대한 구체적인 검토가 필요하다.

- ❖ 주제어 : (공개)무선랜, (공개)무선랜 운영자, 인터넷서비스제공자 (온라인 서비스 제공자), 방조범, 부작위범

* 이 논문은 2011년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2011-327-B00711).

** 독일 막스플랑크 국제형법연구소 연구원, 법학박사

I. 서론

정보통신기술(ICT)의 발전으로 누구나 저렴한 비용으로 무선랜을 구축하여 다른 사람과 인터넷을 쉽게 공유할 수 있게 되었다. 일반 가정이나 직장, 사무실을 비롯하여 카페, 호텔, 서점 등 민간분야는 물론 공공기관, 대학교, 공항 등 공공분야에서도 무선랜이 구축되어 보급되고 있다. 특히 우리 정부는 인터넷 정보이용 격차를 해소하여 정보통신복지를 증진시키기 위하여 공공장소에서 국민 누구나 무료로 인터넷을 이용할 수 있는 공개 무선랜을 확대 보급하는 정책을 2012년부터 시행해 오고 있다. 최근 EU에서도 공개 무선랜의 입법을 추진 중이며,¹⁾ 독일에서도 무선랜 운영자의 책임제한 법률안²⁾이 제출되었다. 공개 무선랜의 활성화는 이미 세계적인 현상이 되었다.

하지만 무선랜은 허가나 신고가 필요없는 ISM대역³⁾을 사용하고 있기 때문에 허가주어나 신고주의가 적용되는 다른 주파수 대역을 이용한 통신보다 상대적으로 보안이 취약하다. 즉 높은 수준의 보안을 유지해야 하는 영리 목적의 정보통신서비스제공자를 제외한 대부분의 공개 무선랜의 경우 보안이 취약하다. 무선랜의 보안취약성은 워드라이빙의 공격⁴⁾ 대상이 될 뿐만 아니라, 다양한 불법행위의 수단으로 이용될

- 1) EU 집행위원회가 2013년 9월 12일 제출한 EU 단일 통신 시장 구축을 위한 법률안 제14조와 제15조에는 공개무선랜의 접근에 관한 규정을 두고 있다.
(<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-627-EN-F1-1.Pdf>).
- 2) 2012년 10월 23일 좌파정당인 링케(Die Linke)는 공개 무선랜 운영자의 책임을 텔레미디어법(TMG)상의 접속중개자와 같이 책임을 면제하는 개정안을 제출하여 의회에서 논의되었으나 회기 만료로 자동 폐기되었다. 2014년 3월 독일변호사협회에서 이의 입법을 촉구하여 이에 대한 논의가 다시 시작되고 있다. 개정안의 배경은 2010년 5월 12일 무선랜 운영자에게 고의 과실이 없음에도 저작권 침해에 상당한 원인을 제공하였다는 이유로 손해배상책임이 아닌 방해자책임을 인정한 연방대법원 판결이었다(BGH, Urteil vom 12.05.2010, I ZR 121/08. 방해자책임을 부작위(금지) 청구권의 근거가 되며 권리침해의 점검의무 또는 통제 의무를 요건으로 한다. 이 판결의 소개에 대해서는 박희영, “제3자의 불법행위로 인한 사실 무선랜 운영자의 법적 책임”, 『법제』 (2011. 3), 법제처, 18-35 참조)
- 3) ISM 대역 (Industrial Scientific and Medical Band)이란 산업, 과학, 의료용 기기에서 사용하는 면허가 필요 없는 무선 주파수 대역을 말한다.
- 4) 워드라이빙(war driving)이란 개방된 무선 네트워크를 찾아서 이를 무단 이용하는 해킹 수법을 말한다. 드라이빙이란 타인의 개방된 무선 네트워크에 접근하기 위해서 보통 차량을 이용하기 때문에 생긴 표현이다. 워드라이빙의 공격과 형법적 문제에 대해서는 다음 참조 : Bär, Wardriver und

가능성이 있다. 암호가 설정되지 않은 타인의 무선랜에 권한없이 접속하거나 암호가 설정된 무선랜에 해킹을 통하여 접속하여 인터넷에 연결한 제3자는 명예훼손이나 저작권 침해, 해킹, 바이러스 및 음란물 유포 등 불법행위를 저지를 위험성이 상당히 높다. 이 경우 제3자는 타인의 무선랜을 통하여 타인의 IP로 인터넷에 접근하기 때문에 자신의 신원을 숨길 수 있는 익명성이 보장되기 때문이다. 불법 이용자가 무선랜을 이용한 경우 불법행위의 진원지를 밝힐 수 있는 것은 무선 AP(Access Point)⁵⁾에 할당된 IP주소(internet protocol address)이고, 이 IP주소는 무선랜 운영자의 것으로 귀속된다. 따라서 제3자의 불법행위는 외견상 이 IP주소가 배당된 무선랜 운영자의 행위로 추정되므로 이를 깨뜨리기 위한 노력이 요구될 수 있다.⁶⁾

누구나 무선랜을 구축하여 다른 사람과 인터넷을 함께 이용할 수 있게 됨에 따라 종래 예상하지 못했던 무선랜의 운영과 이용으로 발생하는 다양한 법적인 문제가 제기될 수 있다. 주로 무선랜의 운영 자체가 법적으로 허용되어 있는지(1)를 기본으로 하여 제3자가 개방되어 있는 무선랜에 접근한 경우(2)와 보안조치된 무선랜에 해킹 등을 통하여 접근한 경우(3) 그리고 제3자가 공개된 무선랜을 통하여 타인의 저작권을 침해하거나 음란물을 유포하거나 악성프로그램을 배포하는 등 2차적 불법행위로 나아간 경우 무선랜 운영자의 법적 책임(4) 등이 거론될 수 있다.

형법적 관점에서 (1)은 무선랜 운영 자체의 가벌성 문제이고 (2)와 (3)은 제3자의 접근행위의 가벌성 문제이며⁷⁾ (4)는 타인의 불법행위에 대한 운영자의 형사책임의 문제이다. 특히 (4)는 개별 불법행위에 따른 정범 및 공범, 부작위범의 문제 그리고

andere Lauscher - Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit WLAN, MMR 2005, 434-441.

- 5) AP(Access Point)란 컴퓨터 네트워크에서 무선 장치들을 유선 장치에 연결할 수 있게 하는 장치를 말한다. 무선 AP란 무선 네트워크에서 무선 기기의 통신접속을 가능하게 하는 장치로서 예를 들면 일반 가정의 인터넷 무선 공유기가 여기에 해당함.
- 6) 무선랜의 경우 해당 IP주소는 Access Point까지만 부여된다. 만일 무선랜이 범죄에 이용된다면 범죄의 도구로 사용된 구체적인 컴퓨터가 파악되는 것이 아니라 범죄의 시점에 할당된 IP주소와 접속점인 무선랜만이 조사된다. 따라서 무선랜 운영자가 무선랜을 운영하였다는 사실만으로 처벌될 수 있는지의 문제가 중요한 의미를 가지게 된다. 독일 연방대법원은 무선랜을 통해서 저작권이 침해된 경우 무선랜 보유자가 침해행위를 하지 않았다는 반증을 제시하지 못하면 사실상 침해자로 추정하는 법리를 구성하고 있다(BGH Urteil vom 12.5.2010, I ZR 121/08).
- 7) 무선랜 운영에 있어서 기본적인 문제라고 할 수 있는 무선랜을 개방한 자와 이를 이용한 자의 형사책임 문제에 대한 상세한 내용은 박희영, “공개 무선랜 운영자와 이용자의 형사책임과 형사정책 방향”, 「입법과 정책」 제2권 제2호(2010.12), 국회입법조사처, 33-63면 참조.

무선랜 운영자가 ISP(internet service provider), 특히 인터넷접속제공자인가의 여부에 따른 책임제한사유가 검토되어야 한다(특히 저작권침해의 경우)⁸⁾. 본 연구는 개방된 공개 무선랜을 통하여 제3자가 저작권을 침해하는 등 2차적 불법행위로 나아간 경우 무선랜 운영자의 형사책임을 검토하고 공개 무선랜의 활성화라는 측면에서 형사책임을 제한할 수 있는 입법방안을 제시하고자 한다. 우리 정부는 2012년부터 공공기관의 무선랜 확대를 국가정책으로 시행하고 있다. 하지만 무선랜의 활성화가 현행 형법의 해석론에 의해서 형사책임이 인정되어 법적 장애로 되고 있는 상황이라면 이에 대한 입법정책이 제시되어야 할 것이다.

II. 무선랜 운영 및 이용의 가벌성 여부

1. 무선랜 운영의 가벌성

가. 관련 규정

일반적으로 무선랜 운영자는 인터넷접속서비스제공자와 인터넷접속계약을 체결하여 이들이 제공한 통신역무를 이용하는 자로서 무선랜을 구축하여 이를 운영하는 자이다. 무선랜 운영자는 자신의 무선랜에 암호를 설정하여 제3자의 접근을 차단할 수 있고 암호를 설정하지 않고 누구나 이용할 수 있도록 개방할 수 있다. 그런데 이러한 개방이 법적으로 허용되는지 문제가 된다.

우선 무선랜의 개방은 사적자치의 원리에 의하여 가능하다고 주장할 수 있다. 즉 무선랜 AP보유자는 AP에서 발산되는 무선랜 전파에 대하여 소유권에 준하는 권리를 가지므로 AP와 스마트폰 사이에 교신되는 신호에 대하여 사용, 수익, 처분권을 보유할 수 있으므로 자유로이 무선랜을 운영할 수 있다는 것이다.⁹⁾¹⁰⁾ 하지만 AP를

8) 다른 불법행위와는 달리 저작권침해의 경우에는 저작권법에서 온라인서비스제공자의 책임제한사유를 규정하고 있다.

9) 오병철, “사설 무선랜 보안과 활성화의 조화를 위한 법적 의무와 책임”, 『Internet and Information Security』 제1권 제2호 (2010년 11월), 한국인터넷진흥원, 68-69 참조.

개방된 상태로 두면 이를 통해서 제3자의 권리를 침해되거나 범죄행위의 수단으로 이용될 위험성이 있으므로 이를 방지하기 위하여 소유권을 제한할 수도 있다. 헌법 제37조 제2항에 의해서 공공복리나 질서유지를 위해서 AP에 대한 소유권행사를 제한할 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 전기통신사업법은 통신역무제공의 허용에 관한 규정을 두고 있다.

전기통신사업법(법률 제12035호, 2013.8.13., 일부개정) 제30조는 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 이를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 원칙적으로 금지하고 있으며 예외사유 5가지를 허용하고 있다.¹¹⁾ 따라서 전기통신사업법에 의해서 통신사업을 영위할 수 있다고 인정받은 자와 이 규정의 예외 사유에 해당하는 자를 제외하고는 정당한 권한 없이 다른 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 자신이 제공받는 역무와 동종 또는 유사한 역무를 제공하는 행위는 처벌된다.¹²⁾ 5가지 예외사유는 국가비상사태에서 재해의 예방·구조, 교통·통신 및 전력공급의 확보, 질서 유지를 위하여 필요한 경우(제1호), 전기통신사업 외의 사업을 경영할 때 고객에게 부수적으로 전기통신 서비스를 이용하도록 제공하는 경우(제2호), 전기통신역무를 이용할 수 있는 단말장치 등 전기통신설비를 개발·판매하기 위하여 시험적으로 사용하도록 하는 경우(제3호), 이용자가 제3자에게 반복적이지 아니한 정도로 사용하도록 하는 경우(제4

10) AP 보유자가 무선랜 AP에 대해서 소유권을 행사하는 것은 당연하지만 AP와 통신단말기 사이에 주고받은 신호, 즉 인터넷에 접속할 수 있도록 해 주는 신호에 대해서도 소유권에 준하는 권리를 행사할 수 있는지는 의문이다. 이것은 인터넷 접근권의 주체가 누구인지의 문제와 관련되기 때문이다.

11) 전기통신사업법 제30조(타인 사용의 제한) 누구든지 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 이를 타인의 통신용으로 제공하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 국가비상사태에서 재해의 예방·구조, 교통·통신 및 전력공급의 확보, 질서 유지를 위하여 필요한 경우. 2. 전기통신사업 외의 사업을 경영할 때 고객에게 부수적으로 전기통신서비스를 이용하도록 제공하는 경우. 3. 전기통신역무를 이용할 수 있는 단말장치 등 전기통신설비를 개발·판매하기 위하여 시험적으로 사용하도록 하는 경우. 4. 이용자가 제3자에게 반복적이지 아니한 정도로 사용하도록 하는 경우. 5. 그 밖에 공공의 이익을 위하여 필요하거나 전기통신사업자의 사업 경영에 지장을 주지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

12) 전기통신사업법 제97조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 7. 제30조 각 호 외의 부분 본문을 위반하여 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 이를 타인의 통신용으로 제공한 자제7호에 의하면 1년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

호), 그 밖에 공공의 이익을 위하여 필요하거나 전기통신사업자의 사업 경영에 지장을 주지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우(제5호)이다. 제5호에 의해서 예외사유는 늘어날 수 있다. 하지만 현행 법률의 시행령에서 대통령령이 정하는 경우는 아직 확정되어 있지 않다.

나. 해석론

일반적으로 무선랜 운영자는 ISP와 인터넷접속서비스계약을 체결한 서비스이용 계약자를 말한다. 즉 무선랜 운영자는 전기통신역무를 제공받기 위하여 전기통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 이용자이다.¹³⁾ 인터넷접속서비스는 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무에 해당하며, 전기통신역무란 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말하므로(같은 법 제2조 제6호) 운영자가 자신의 무선랜을 개방하여 타인의 접근을 허용하는 것은 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 타인의 통신용으로 제공하는 것에 해당한다. 본 죄(전기통신사업법 제30조 및 제97조 제7호)의 구성요건에서 행위의 주체에 제한이 없으므로 무선랜 운영자도 이에 해당된다. 따라서 무선랜 운영의 경우 이 규정이 명시하고 있는 예외 사유에 해당하는 경우를 제외하고는 이 규정에 의해서 처벌된다.

예외 사유 중 무선랜 운영과 관련하여 의미를 가지는 것은 고객에게 부수적 서비스로서 제공되는 경우와 공공의 이익을 위해 필요한 경우이다. 우선 호텔이나 카페 및 기업체 등에서의 무선랜 운영은 전기통신사업 외의 사업을 경영할 때 고객에게 부수적으로 전기통신서비스를 이용할 수 있도록 한 경우(제2호)에 해당하고, 공공기관이나 공항, 도서관 및 대학교 등에서의 무선랜 운영은 공공의 이익을 위하여 필요한 경우로 볼 수 있다.

그러나 개인이 집이나 사무실 등에서 무선랜을 소규모로 운영하는 경우(소규모 운영) 또는 개인이나 단체가 불특정 다수를 위해서 무료로 공개 무선랜을 운영하는 경우¹⁴⁾(대규모 운영)는 예외규정 제1호 내지 제4호에는 해당되지 않는다. 특히 무

13) 전기통신사업법 제2조 9. “이용자”란 전기통신역무를 제공받기 위하여 전기통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 자를 말한다.

선랜을 타인에게 개방하는 것은 이용자가 제3자에게 반복적으로 타인에게 통신역무를 사용하게 하는 경우에 해당하므로 제4호의 반대해석에 의하면 이는 허용되지 않는다고 볼 수 있다. 그렇다면 제5호에 해당되는지가 의문이다. 제5호의 전단인 공공의 이익을 위하여 필요한 경우와 후단인 전기통신사업자의 사업경영에 지장을 주지 아니하는 경우에 해당하는지를 검토해 보자. 우선 소규모 무선랜 운영의 경우는 공공의 이익을 위해서 필요한 경우라고는 보기 힘들고, 전기통신사업자의 사업경영에 지장을 주는 것으로도 볼 수 있을 지도 의문이다. 그리고 대규모 무선랜 운영의 경우에도 공공의 이익을 위해서 필요한 경우라고 볼 수도 있겠지만, 전기통신사업자의 사업경영에 지장을 주지 않는 것으로 볼 수 있을 지는 의문이다.

이러한 문제의 해결과 관련하여 이 규정의 보호법익을 검토할 필요가 있다. 우선 헌법재판소가 이 전기통신법 제30조의 보호법익을 직접적으로는 ‘통신사업자의 이익보호’를 목적으로 하지만, 넓게는 ‘통신시장질서의 유지’를 그 목적으로 보고 있기 때문이다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 결정에 따르면, 결국 무선랜 운영의 불법성 여부는 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 자신이 제공받는 역무와 동일하거나 유사한 역무를 제공함으로써 통신사업자의 이익이 침해되거나 통신시장 질서가 교란되는가의 여부에 달려 있다. 이러한 견해에 의하면 개별 소규모의 무선랜 운영은 통신사업자의 이익을 침해하거나 통신시장 질서를 교란하지는 않을 것으로 생각할 수 있다. 하지만, 가정이나 사무실, 인터넷 카페 등 소규모 무선랜 운영이 모여서 다수를 형성하게 되는 경우, 통신사업자와 계약을 체결할 수 있었던 잠재적인 이용자의 수가 그만큼 줄어들게 됨으로써 통신사업자의 이익이 침해될 가능성이 있어서, 이로 인한 통신시장질서가 교란될 가능성도 전혀 배제할 수는 없다. 물론 이것을 구체적으로 증명하기란 쉽지 않다. 통신사업자의 이익이 침해될 수 있는 가능성을 뒷받침해 주는 근거로는 통신사업자와 서비스이용자 사이에 체결한 약관 규정을 들 수 있다. 즉 국내의 3대 인터넷접속서비스제공자인 KT, SK, LG텔레콤의 약관에는 사전 승인없이 운영되는 무선랜의 운영을 원칙적으로 금지하고 있기 때문이다.

14) 자유 무선랜이라고도 함. 공개 무선랜의 법적 문제에 대해 상세하게 다룬 문헌으로는 Mantz, Rechtsfragen offener Netze, Dissertation 2008: Univ. Karlsruhe.

15) 헌법재판소 2002.5.30. 선고 2001헌바5; 헌법재판소 2002.9.19. 선고 2002헌가11.

따라서 전기통신법 제30조의 보호법익에 대한 헌법재판소의 견해에 따르면 인터넷접속제공자의 승인 없이 운영하는 소규모 무선랜과 개인이 이타적인 목적에서 무료로 운영하는 대규모 무선랜은 5가지 예외 사유에 해당되지 않는 한 처벌된다.

다. 검토

전기통신법 제30조와 이의 보호법익에 대한 헌법재판소의 견해는 아날로그 통신에 관한 것이다. 이러한 해석론이 무선랜을 통한 인터넷 통신에도 그대로 적용되어야 하는지는 전향적인 논의가 필요하다. 전기통신법 제30조의 해석론은 통신사업자나 인터넷접속제공자의 이익에 치중되어 있을 뿐 아니라⁶⁾ 그 동안 발전된 정보통신 환경을 제대로 반영하고 있지 않다고 판단되기 때문이다. 특히 이러한 해석론은 가정이나 사무실 등에서 관행화되어 있는 무선 인터넷 공유 환경이나 이타적인 목적에서 운영되는 자유 무선랜 운영을 포섭하지 못한다. 헌법상 기본권으로 논의되고 있는 인터넷 접근권은 자유 무선랜을 통한 접근권도 포함될 수 있다는 점을 고려하면 헌법재판소 견해의 변경이나 전기통신법 제30조의 개정이 필요하다고 생각된다.

2. 무선랜 이용의 가벌성¹⁷⁾

가. 관련 규정

무선랜 운영자가 자신의 무선랜 공유기에서 무선랜에 접근이 가능하도록 기능을 설정해 두면, 이용자의 휴대용 단말기에 무선랜 접속 기능이 활성화되어 있는 경우, 이용자가 이를 켜는 순간 단말기는 수신 가능한 모든 무선랜의 목록을 자동으로 검색하여 보여준다.¹⁸⁾ 이용자가 개방된 무선랜을 선택하면 인터넷에 접속된다. 이처

16) 예를 들어 LG 070 무선 공유기의 경우 이 공유기 보유자의 의사와는 관계없이 전화통화가 이루어지도록 되어 있다(박희영, 앞의 논문, 50면 참조).

17) 독일 판례에 의한 무선랜 이용의 가벌성에 대한 상세한 연구로는 박희영, “공개 시설 무선랜 무단이용의 가벌성에 관한 독일 판례연구”, 「치안정책연구」 제25권 제2호(2011.12), 치안정책연구소, 239-265면 참조.

18) 무선랜에서의 통신과정에는 박희영, “공개 무선랜 운영자와 이용자의 형사책임과 형사정책방향”, 「입법과 정책」 제2권 제2호(2010.12), 국회입법조사처, 36면 참조.

럼 이용자가 공개된 무선랜에 접근하는 것이 허용되는지 아니면 권한 없는 접근에 해당되는지가 문제된다. 이와 관련하여 정보통신망법은 정보통신망의 무권한 침입 죄를 두고 있다.

정보통신망법 제48조 제1항은 정보통신망 침해행위 등의 금지라는 표제 하에 누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 이와 관련한 별칙규정인 제72조 제1항 제1호는 동 규정을 위반하여 정보통신망에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

나. 해석론

공개된 무선랜에 접근하는 행위가 정보통신망 무단침입에 해당하는지 검토하기 위해서 정보통신망법 제48조 제1항에 대한 대법원의 견해를 먼저 검토해 본다.

정보통신망법 제48조 제1항은 누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다고 규정하고 있으므로, 접근권한의 부존재와 정보통신망에의 침입을 불법구성요건으로 하고 있다.

우선 접근권한의 부존재와 관련하여 ‘접근권한의 설정주체가 누구인가’가 검토되어야 한다. 정보통신망법 제48조 제1항의 해석론에 관한 대법원 판결에 따르면 정당한 접근권한의 판단 주체를 ISP로 보고 있다.¹⁹⁾ 즉 정보통신망법 제48조 제1항의 보호법익을 이용자의 신뢰 내지 그의 이익을 보호하기 위한 규정이 아니라 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이며 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체는 서비스제공자라고 보고 있다. 따라서 서비스제공자로부터 권한을 부여받은 이용자가 아닌 제3자가 정보통신망에 접속한 경우 그에게 접근권한이 있는지 여부는 서비스제공자가 부여한 접근권한을 기준으로 판단하여야 한다는 것이다.²⁰⁾

대법원 판례는 두 번째 불법구성요건인 정보통신망의 침입과 관련하여 정보통신

19) 대법원 2005.11.25. 선고 2005도870.

20) 권영준, “인터넷상 정보에 대한 접근 및 취득행위의 위법성”, 『비교사법』, 14권 3호 상(2007. 9), 한국비교사법학회, 281-282면; 이범균, 『대법원판례해설』, 통권 제59호(2006. 7), 법원도서관, 620면.

망의 보호조치에 대한 침해나 훼손이 수반되지 않더라도 부정한 방법으로 타인의 식별부호(아이디와 비밀번호)를 이용하거나 보호조치에 따른 제한을 면할 수 있게 하는 부정한 명령을 입력하는 등의 방법으로 침입하는 행위도 금지된다고 전제된 뒤, 제3자가 정당한 이용자로부터 아이디와 비밀번호를 받고 그 사용승낙까지 받은 경우에도 서비스제공자의 동의를 얻지 않았다면 이는 정보통신망 침입행위에 해당한다고 판시하고 있다. 침입인지 아닌지에 대한 판단은 그 행위태양에 나타난 반사회성을 가지고 판단해야 하며 이러한 반사회성을 판단함에 있어서는 행위 당시의 관행이나 사회통념이 고려되어야 한다고 한다. 즉 해킹(hacking)이나 타인의 아이디와 비밀번호를 도용한 접근도 침입에 해당할 뿐만 아니라 회사에서 퇴직 후 종전의 아이디와 비밀번호를 이용하여 회사의 정보통신망에 접근하는 경우는 물론 타인으로부터 승낙을 받아 그의 아이디와 비밀번호를 이용한 접근도 침입행위로 보아야 한다²¹⁾는 것이다.

대법원이 다루고 있는 사안들은 인터넷접속 자체가 아니라 인터넷에 접속한 다음 ID와 비밀번호를 입력하여 접속하는 인터넷서비스로서의 정보통신망을 말한다. 따라서 이러한 대법원의 해석론을 인터넷접속 자체가 문제되는 공개 무선랜의 이용에도 전용할 수 있는지 검토되어야 한다. 무선랜도 정보통신망에 해당된다. 따라서 정보통신망법 제48조 제1항의 보호법익은 정보통신망 자체의 안정성과 그 정보의 신뢰성을 보호하기 위한 것이므로 이에 대한 접근권한을 부여하거나 허용되는 범위를 설정하는 주체도 서비스제공자라고 보는 것이 논리적으로 타당하다.

따라서 대법원의 해석론을 공개 무선랜의 경우에 적용해 보면, 정보통신망에의 접근권한은 ISP에게 있으므로, 무선랜 운영자는 무선랜을 제3자에게 개방할 수 없고, 나아가서 제3자가 운영자로부터 사용승낙을 받았다하더라도 ISP의 동의를 받지 않았다면 이는 정보통신망 침입행위에 해당하게 된다.

다. 검토

전기통신법 제30조에 의해서 전기통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 이를 타인의 통신용으로 제공할 수 있는 예외 사유에

21) 대법원 2005.11.25. 선고 2005도870.

의해서 공개 무선랜이 제공되는 경우에는 누구든지 이 공개 무선랜에 접속을 허용하는 것이기 때문에 정보통신망에 정당하게 접근할 수 있는 것으로 해석이 가능하다. 특히 공공기관의 공개 무선랜의 경우 통신사업자와 계약 체결 시 통신사업자가 이를 허용하였다고 볼 수 있다. 하지만 개인의 무선랜이나 이타적 목적으로 운영되는 자유 공개 무선랜의 경우에는 통신사업자의 동의가 없는 한 이에 접속하는 이용자는 처벌될 가능성이 여전히 남아 있다.

하지만 공개 무선랜에 접근하는 이용자의 고의가 부정될 가능성이 높다. 오늘 날 와이파이가(WiFi)와 같은 공개 무선 인터넷이 활성화되어 있어서 인터넷 접속이 가능한 휴대용 정보통신기기에 접속 가능한 공개 무선랜이 자동으로 검색되어 나타나므로 이용자의 입장에서 그 공개 무선랜의 접속이 허용된 것으로 볼 수 있기 때문이다.

Ⅲ. 이용자의 불법행위로 인한 무선랜 운영자의 형사책임

전기통신사업법과 정보통신망법에 의해서 무선랜 운영과 이에 대한 접속이 허용되는 경우라 하더라도 자신이 개방한 무선랜에서 제3자의 불법행위까지 허용되는 것은 아니다. 따라서 제3자가 개방된 무선랜을 통하여 인터넷상에서 저작권 침해와 같은 불법행위를 저지른 경우 무선랜을 제공한 운영자의 형사책임이 문제되므로 이용자의 불법행위에 가담할 수 있는 형태에 따라서 무선랜 운영자의 형사책임이 검토되어야 한다.

1. 정범

우선 제3자가 해당 범죄구성요건을 스스로 실현하여 직접 실행 지배를 한 무선랜 운영자의 범죄행위에 가담한 경우에는 이용자의 가담형태는 공범(교사범 또는 방조범)이나 간접정범 또는 동시범이 될 수 있다. 이처럼 무선랜 운영자가 직접 정범이 될 가능성은 열려있지만 그러한 경우는 일반적인 사례가 아닐 것이다.

무선랜 운영자가 무선랜을 범죄에 이용하는 직접 행위자와 공동의 범죄계획을 근

거로 행위하고 또한 무선랜 운영자는 정범이 되기 위해서 그리고 단순한 범죄참가자가 되지 않기 위해서 자신의 행위기여를 통해 충분한 행위지배 내지는 정범에 상응하는 의지를 보인 경우에는 공동정범이 될 수 있다. 예를 들어 무선랜 운영자가 이용자와 공모하여 이용자의 불법행위를 그대로 방치하여 형법상 구성요건을 실현하는 경우이다. 직접 정범과 같이 무선랜 운영자의 공동 정범의 성립 가능성도 열려 있다. 하지만 일반적으로 무선랜 운영자에게 공동정범의 성립에 요구되는 의사공동 및 실행공동이 인정되는 경우도 직접 정범의 경우와 같이 흔하지 않을 것이다.

2. 방조범²²⁾

가. 작위 또는 부작위

무선랜 운영자가 정범에 해당하지 않는 경우에는 방조범이 고려될 수 있다. 무선랜 운영자의 행위가 방조범의 성립요건을 충족시키기 위해서는 먼저 문제의 행위가 작위에 해당하는지 부작위에 해당하는지가 판단되어야 한다. 무선랜 운영자와 관련하여 구체적으로 문제되는 행위상황은 무선랜 운영자가 자신의 무선랜에 암호를 설정하지 않고 이를 개방하여 이용자들이 이 개방된 무선랜을 통하여 저작권 침해 등 불법행위를 한 사실을 알면서도 암호를 설정하지 않거나 무선랜을 차단하지 않고 계속 방치하여 불법행위가 행해진 경우이다. 이 경우 무선랜 운영자가 법익침해라는 구성요건적 결과 발생에 기여한 것은 두 가지 측면에서 고려해 볼 수 있다. 하나는 무선랜을 개방한 것이고, 다른 하나는 무선랜을 차단하지 않은 것이다. 일정한 방향의 물리적 동작이 있거나 에너지를 투입하여 인과적 경과를 일정한 방향으로 조종하면 작위이고 그러한 물리적 동작이나 에너지의 투입이 없이 사태의 진전을 그대로 방치하면 부작위이다.²³⁾ 이러한 작위와 부작위의 개념적 구별 기준에 의할 때 무선랜의 개방은 작위에 해당하고 차단하지 않은 것은 부작위에 해당한다.

22) 문제되는 행위상황은 제3자가 개방된 무선랜을 통하여 저작권 침해 등 불법행위를 한 사실을 무선랜 운영자가 알면서도 아무런 조치를 취하지 않고 방치하여 불법행위가 행해진 경우이므로 범의가 없는 제3자에게 범죄의사를 야기하여 불법행위를 하도록 하였다는 비유형적인 상황이 아닌 이상 교사범을 생각하기는 어렵다.

23) 임웅, 「형법총론(개정판)」, 법문사, 2003, 520면; 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교출판부, 2009, 506.

나. 작위 또는 부작위에 의한 방조

이처럼 구성요건의 실현과정에서 작위와 부작위가 혼재한 경우 형법적 판단의 대상을 정하는 구별기준은 다양하게 제시되고 있다. 이러한 구별기준에는 의심스러울 때는 작위를 먼저 판단하려는 견해,²⁴⁾ 문제되는 행위의 사회적 의미 또는 비난의 중점이 어디에 있는가에 따라 판단하려는 견해,²⁵⁾ 문제되는 행위와 결과 간에 자연과학적인 의미의 인과관계에 따라 판단하려는 견해,²⁶⁾ 에너지투입 여부에 따라 판단하려는 견해²⁷⁾²⁸⁾ 등이 있다.

형법적 판단의 대상을 정하는 것은 규범적 평가의 문제에 해당하므로 이를 정하는 구별 기준은 중점설이 타당하다고 본다. 작위와 부작위의 개념적 구별에 관한 적도인 자연과학적 방법은 규범적 평가의 문제에 적용하기 어려우며 규범적 평가를 포기한 작위우선설도 채택하기 어렵다.²⁹⁾ 형법적 판단의 대상을 선정하는 기준에 필요한 것은 형법상의 개념이고 형법상의 의미를 떠난 작위와 부작위의 설명은 무의미하다고 보아야 할 것이다.³⁰⁾

우선 무선랜을 개방한 행위가 작위에 의한 방조범을 성립시킬 수 있는지 검토해 본다. 무선랜 운영자가 무선랜을 개방한 시점에 초점을 맞추면 당해 행위가 작위에 해당하여 작위에 의한 방조범의 성립이 문제로 제기될 수 있다. 무선랜을 개방한 시점에는 정범(이용자)의 실행행위가 아직 없었지만, 일정한 요건을 갖추면 방조범

24) 배종대, 「형법총론(제7판)」, 홍문사, 2004, §156/5; 손동권, 「형법총론(제2전정판)」, 을곡출판사, §22/10; 이재상, 「형법총론(제5판 보정판)」, 박영사, 2005, §10/4; 이정원, 「형법총론(제3판)」, 법지사, 2004, 456면; 정영일, 「형법총론」, 박영사, 2005, 89면.

25) 김일수/서보화, 「새로 쓴 형법총론(제10판)」, 박영사, 2004, 480면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2001, 153면; 오영근, 「형법총론(보정판)」, 박영사, 2005, §16/6; 임웅, 「형법총론(개정판)」, 법문사, 2003, 521면; 정성근/박광민, 「형법총론(제2판)」, 삼지원, 2005, 451면.

26) 박상기, 「형법총론(제6판)」, 홍문사, 2007, 306면.

27) 손동권, 앞의 책, §22/10.

28) 김성돈, 앞의 책, 509면. 사회적 의미 또는 비난의 중점과 같은 규범적인 판단은 그 척도를 사용하는 주체의 관점에 따라 결론이 달라질 수 있는 우려가 있기 때문에 가치중립적인 구별척도인 인과관계기준설과 에너지투입설에 따르는 것이 바람직하다고 보고 있다.

29) 이에 대한 자세한 설명은 이세화, “작위와 부작위의 단계적 고찰”, 「형사법연구」 제19권 제2호 (2007 여름·통권 제31호), 한국형사법학회, 38면.

30) 손해목, 「형법총론」, 779면; 이세화, 앞의 글, 38면.

의 성립요건을 충족시킬 수 있다. 즉 무선랜의 개방이 정범의 실행의 착수 이전에 있었다 하더라도 그 이후에 정범이 실제로 실행의 착수에 해당하는 행위로 나아가는 경우에는 편면적 방조가 인정되어 당해 행위를 방조로 평가할 수 있다. 그리고 무선랜 운영자의 행위기여가 정범의 실행 착수 전에 있더라도 그 기여시점에 이미 정범의 행위를 용이하게 하거나 촉진하게 한다는 인식과 의사가 있어야 한다.³¹⁾ 하지만 무선랜 운영자의 이러한 사전고의를 입증할 방법이 없기 때문에 방조범으로 인정하기는 어려울 것이다.

또한 무엇보다 무선랜을 개방한 그 자체를 과연 비난의 대상으로 볼 수 있는지가 문제된다. 물론 무선랜을 통한 타인의 통신 역무의 제공은 전기통신사업법 제30조에 의하면 원칙적으로 금지되어 있다. 하지만 5가지 예외사유에 해당하면 무선랜의 개방이 허용되어 다른 사람이 이를 이용할 수 있다. 이러한 예외사유에 해당하지 않더라도 가정이나 사무실 등에서는 가족이나 동료들이 (주로 비공개로) 사실상 무선랜을 공유하고 있다. 특히 국가는 국가정책의 일환으로 공공기관의 무선랜 개방을 전국으로 확대하고 있고, 무선랜 개방은 시대적 요청이라 할 수 있다. 따라서 무선랜 개방 그 자체가 저작권침해 등의 구성요건적 결과발생에 결정적 기여를 하여 비난의 대상이 된다고 보기는 어렵다. 따라서 무선랜 운영자의 범행에 대한 기여는 암호를 설정하지 않거나 접속인증절차를 두지 않고 무선랜을 공개하여 방치함으로써 구성요건적 결과 또는 위협의 발생을 용이하게 하였다는 점에서 부작위에 의한 방조행위에서 찾는 것이 더 설득력이 있다고 할 것이다.³²⁾ 이에 대해서 항을 바꾸어서 검토한다.

다. 부작위에 의한 방조범의 성립여부³³⁾

무선랜 운영자가 부작위에 의한 방조범의 성립요건을 충족시키려면 우선 저작권 침해와 같은 불법행위를 방지하여야 할 작위의무가 있는 자이어야 하고, 그 작위의

31) 김성돈, “인터넷상의 웹하드 서비스제공자의 형사책임”, 『성균관법학』 제22권 제2호(2010.08), 137면.

32) OSP의 부작위범 성립에 대해서는 이호중, 위협정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제, 『비교형사법연구』 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 218면; 오경식/이정훈/황태정, “저작권침해와 온라인서비스제공자의 형사책임”, 『형사정책』 제21권 제2호(2009. 12), 146면.

33) 부작위에 의한 방조가 인정되는지에 대해서 견해의 대립이 있다. 김성돈, 앞의 책, 652면.

무의 이행이 현실적으로 가능하여야 하며 제3자(즉 정범)의 그러한 불법행위를 적극적으로 방지하지 않은 부작위를 정범의 불법행위와 같은 작위와의 상응성이 인정되어야 한다.

1) 작위의무의 법적 근거

무선랜 운영자에게 부작위가 성립하는 경우 해당 무선랜 운영자에게는 보증인적 지위에 기한 작위의무가 인정되어야 한다. 그 근거에 대하여 현재의 다수설에 따를 때 작위의무는 법령, 계약, 조리, 선행행위 등이 논의되고 있고, 그 내용 및 인정이유와 관련하여서는 가족관계, 긴밀한 신뢰관계, 보호기능 등으로부터 비롯되는 보호의무와 선행행위, 위험원의 지배, 타인의 감독 등으로부터 비롯되는 안전의무가 논의된다.

가) 법령에 의한 작위의무

무선랜 운영자가 저작권법상의 온라인서비스제공자나 정보통신망법상의 정보통신서비스제공자에 해당한다면 그 작위의무는 저작권법과 정보통신망법에서 나올 수 있다. 온라인 서비스를 이용하여 복제·전송의 방법에 따라 저작권 등의 권리가 침해된 경우 온라인 서비스제공자는 권리주장자의 요구에 따라 해당 저작물 등의 복제·전송 중단 요구에 응할 의무가 있다(저작권법 제103조). 무선랜 운영자는 자신의 무선랜 개방을 통해서 인터넷의 접속을 제공해 주기 때문에 그 기능은 인터넷접속제공자와 유사하다. 하지만 인터넷접속제공자는 저작권법 제103조의 의무의 수범자가 아니다(제103조 제1항). 또한 정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력해야 하고(정보통신망법 제44조 제2항), 이러한 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발, 교육, 홍보 등에 대한 시책을 마련하는 책무가 있는 방송통신위원회의 권고(제44조 제3항)를 받도록 되어 있다. 아울러 사생활침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 당사자의 요청에 의하여 정보통신서비스제공자는 지체없이 삭제, 임시조치 등 필요한 조치를 하여야 한다(정보통신망법 제44조의 2). 하지만 무선랜 운영자는 정보통신망법이 규정한 정보통신서비스제공자에 해당되지 않는다. 이에 대해서는 후술한다. 따라서 법령상 작위의무는 도출되지 않는다.

나) 계약에 의한 작위의무

무선랜을 다른 사람과 공동으로 사용하는 경우, 비밀번호가 설정될 수 있고 이 비밀번호는 다른 사람들에게 부여된다. 하지만 무선랜 운영자가 알지 못하는 제3자도 접근할 수 있도록 의도적으로 개방하였다면, ISP에 대해서 계약위반이 될 수 있다. 하지만 이에 해당하는 계약의무는 인터넷접속을 이용하여 행해지는 범죄를 방지하기 위한 것이 아니라 제공자의 요금청구권을 확보하기 위한 것이다. 따라서 계약에 따른 보증의무를 인정할 수 없다.

다) 선행행위에 의한 작위의무

형법 제18조는 ‘자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자’에 대하여 선행행위로 인한 작위의무가 발생하는 것으로 하고 있다. 다수설과 판례에 따르면 선행행위에 의한 작위의무가 인정되기 위해서는 선행행위로 인하여 직접적이고 상당한 정도의 위험이 발생하여야 하고³⁴⁾ 그러한 위험은 선행행위에 통상 포함된 위험을 초과하는 것이어야 하며³⁵⁾ 선행행위는 객관적으로 위법한 것이어야 한다.³⁶⁾ 무선랜 운영에 있어서 그 운영자의 선행행위는 무선랜을 개방한 행위이다. 무선랜의 개방으로 저작권침해가 직접적으로 발생하였다고 보기 어렵고 더구나 위법한 행위라고 보기도 어렵다. 따라서 선행행위에 의해서도 무선랜 운영자의 작위의무는 도출되지 않는다.

라) 조리에 의한 작위의무

조리란 ‘사람이 사회생활상 당연히 준수해야 할 행위 준칙’³⁷⁾이므로 무선랜을 개방하여 불법행위가 발생하였음에도 불구하고 이를 방지하는 조치를 하지 않는 것은 이러한 조리에 위배될 수 있다. 따라서 무선랜 운영자는 조리에 의해서 작위의무가 발생한다. 하지만 타인의 불법행위를 저지하지 않고 방지하는 부작위를 이와 같은

34) 대법원 1978.9.26. 선고 78도1996 판결.

35) 대법원 1980.6.24. 선고 80도726 판결.

36) 김성돈, 앞의 책, 525면; 김일수/서보화, 앞의 책, 499면; 박상기, 앞의 책, 313면; 신동운, 앞의 책, 140면; 이재상, 앞의 책, §16-32; 임웅, 앞의 책, 531면. 이에 대해서 위법한 선행행위에 한정되지 않는다는 견해로는 오영근, 앞의 책, §16-29; 정영일, 앞의 책, 108면.

37) 김성돈, 앞의 논문, 142면.

관습적·도덕적 행위준칙을 근거로 하여 형법의 규율대상에 포함시킨다면 사람이 사회생활을 영위하면서 마땅히 해야 할 바를 하지 않으면 처벌된다는 포괄적인 처벌규정을 인정하는 것과 마찬가지로 되기 때문에 문제가 될 수 있다.

종래 대법원 판례³⁸⁾와 학계의 다수견해는 조리나 신의칙도 부진정부작위범의 보증의무의 발생근거로 인정할 수 있다고 하였으나 최근에는 인정하더라도 실질적(기능설)의 관점에서 제한적으로 인정하여야 하는 견해³⁹⁾와 조리에 의한 작위의무를 인정해서는 안 된다는 견해⁴⁰⁾가 제시되고 있다. 조리와 같은 추상적인 개념을 적극적으로 보증의무의 발생근거로 삼게 되면 이는 마땅히 행해야 할 바를 하지 않은 모든 경우를 범죄시하는 태도로 귀착되어 엄격한 형식요건에 의해서 가벌성의 범위를 확정하고 있는 형법상 죄형법정주의의 근간을 무너뜨릴 위험이 있기 때문에⁴¹⁾ 조리에 의한 작위의무를 부정하는 것이 타당하다. 구체적인 상황에서 위기에 처한 법익의 보호를 위해서 부작용자에게 보증의무를 인정함이 타당할 수 있는 경우도 있을 수 있겠지만, 이러한 경우에는 작위의무의 구체적 내용에 관한 실질설의 관점에서 보호의무 또는 안전의무 등을 인정함으로써 보완함이 타당할 것이다.⁴²⁾

마) 위험원의 지배자로서의 안전의무에 의한 작위의무

위험원을 지배하는 자에게는 자신의 지배범위 내에 있는 위험원에 의하여 타인의 법익이 침해되지 않도록 그 위험원을 통제·관리하는 등의 안전조치를 취하여야 할 의무가 발생한다. 따라서 위험원의 지배자로서의 안전의무는 무선랜 운영자가 지배하고 있는 무선랜이 위험원으로 파악될 수 있는지 그리고 그러한 위험원을 무선랜 운영자가 지배하고 있는지에 대한 검토가 있어야 한다.

우선 암호를 설정하지 않은 무선랜이 이의 운영자에 의해서만 지배되는 위험원인지가 고려되어야 한다. 인터넷에 접속할 수 있도록 무선랜을 단순히 운영하는 것이

38) 대법원 1980.1.28. 선고 99도2884 판결; 대법원 1998.12.8. 선고 98도3263; 대법원 1996.7.30. 선고 96도1081 판결.

39) 손동권, 앞의 책, §22-34; 신동운, 앞의 책, 137면; 이재상, 앞의 책, §10-26.

40) 김성돈, 앞의 책, 522-523면; 오영근, 앞의 책, §16-32; 임웅, 앞의 책, 531면.

41) 김성돈, 앞의 책, 522-523면.

42) 같은 견해 : 오경식/황태정/이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 「형사정책」 제 22권 제1호(2010.7), 278면.

나 그 이용의 가능성을 열어둔 자체는 위험하지 않고 사회적으로 수용될 수 있는 위험이 내재된 행위로서 무선랜 개방을 위험원으로 보지 않을 수도 있다.⁴³⁾ 하지만 정보통신망이나 이를 이용한 서비스는 그 자체로서는 어떠한 법익침해의 위험성을 갖고 있지 않지만 그 쓰임의 다양성으로 인하여 이를 매개로 형법적으로 보호되는 법익에 대한 다양한 형태의 위험발생이 야기될 수 있다.⁴⁴⁾ 따라서 정보통신망과 이를 기반으로 하는 서비스⁴⁵⁾는 위험으로서의 성질을 갖는다고 보는 것이 타당하다. 이러한 견해에 따르면 무선랜의 개방도 정보통신망을 기반으로 하는 서비스의 일종에 해당하므로 위험원이라고 볼 수 있다.

다음으로는 무선랜 운영자가 이러한 위험원을 지배하고 있는지 여부를 판단하기 위해서는 무선랜 운영자가 무선랜을 통한 범죄행위로 인한 위험발생을 실질적으로 장악하고 있는지 여부를 검토할 필요가 있다. 무선랜 운영자는 무선랜을 비공개로 하거나 인증절차를 거치게 함으로써 제3자의 접근을 차단할 수 있다. 따라서 자신의 공개무선랜을 통하여 불법행위가 발생하고 있는 경우에는 공개상태에 있는 무선랜을 통제하는 등의 조치를 취할 의무가 무선랜 운영자에게 발생한다고 보아야 할 것이다.

따라서 무선랜 운영자가 자신의 공개 무선랜을 제3자가 저작권 침해 등에 이용하도록 그대로 방치한 것에 대해서 부작위에 의한 방조범의 성립을 인정하기 위해서 작위의무를 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2) 사실상의 작위가능성

부작위에 의한 방조범이 성립하기 위해서는 또한 행위자가 작위의무를 이행하는 것이 사실상 가능해야 한다. 생각건대 무선랜 운영자가 자신의 공개 무선랜을 통하여 불법행위가 이루어지고 있다는 사실을 안 이후에는 제3자의 무권한 이용을 방지하기 위해서 자신의 무선랜에 암호를 설정하여 그 접근을 차단하거나 인증절차 등

43) Reinbacher, Drahtlos straflos? - Gedanken zur Strafbarkeit der privaten Betreiber offener WLAN-Anschlüsse, in: Geistiges Eigentum und Strafrecht, Mohr Siebeck: 2011, S.100.

44) 오경식/이정훈/황태정, “저작권침해와 온라인서비스제공자의 형사책임”, 형사정책 제21권 제2호 (2009. 12), 147면.

45) 대법원도 인터넷포털 사건에서 인터넷의 위험원의 성격을 인정하고 있다. 대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812 전원합의체판결.

을 강화하는 등 구체적인 방법이 가능할 수 있다. 또한 이러한 조치는 객관적으로 기대될 수 있다. 개인이나 소형 사무실에 개설한 무선랜의 경우에는 암호를 설정하여 특정인만이 사용하게 하거나 특정 MAC주소만 접근하도록 조치를 할 수 있으며, 공공기관 무선랜의 경우에는 인증절차를 강화할 수 있다. 하지만 후자의 경우 인증절차의 강화는 공공 무선랜의 활성화에 지장을 초래할 수도 있다. 따라서 이에 대해서는 면책 규정을 두는 것이 필요하다. 이에 대해서는 후술한다.

3) 부작위의 작위와의 상응성

작위범의 구성요건을 부작위에 의해 충족시키기 위해서는 작위와 부작위를 형법적으로 동등한 수준으로 평가할 수 있는 규범적 연결고리가 필요하다.⁴⁶⁾ 즉 부작위가 요구되는 작위의 단순한 불이행에 그치는 것이 아니라 적극적인 작위와 동등한 것으로 인정될 수 있을 만한 외관을 갖추어야 한다. 이것을 작위와의 상응성이라고 한다. 부진정부작위범의 상응성 요건이 모든 범죄에 대해서 필요하다는 견해⁴⁷⁾와 결과발생을 구성요건요소로 인정하고 있는 침해범이나 구체적 위험범의 경우에는 행위자의 보증인적 지위만 확인되면 충분하고, 반면에 거동범으로 규정되어 있어서 결과발생을 요구하고 있지 않는 경우에는 부작위가 작위와 상응해야 한다는 견해⁴⁸⁾가 있다. 보증인의 부작위를 통해 결과가 발생하면 이미 그 구성요건의 불법은 완전하게 실현된 것이기 때문에 부작위가 작위와 상응해야 할 필요는 없다⁴⁹⁾고 생각된다. 따라서 저작권침해의 경우 결과범을 전제로 하고 있기 때문에 이러한 상응성은 요구되지 않을 수 있다. 하지만 저작권침해의 한 유형인 공중전송권 침해의 경우는 결과범이 아니라 거동범의 성격을 가지므로 이에 대해서는 상응성이 요구된다. 예를 들어 제3자가 타인의 공개 무선랜에 접속하여 파일 공유 프로그램인 토렌트(torrent)를 통하여 파일을 다운로드와 동시에 업로드할 수 있는 상태에 두는 경우

46) 오경식/황태정/이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 『형사정책』 제22권 제1호(2010.7), 282면.

47) 대법원 2006.4.28., 2003도80; 1992.2.11., 90도2951; 1982.11.23., 82도2024. 오영근, 앞의 책, §16-52-53.

48) 김성돈, 앞의 책, 528면; 김일수/서보화, 앞의 책, 503-504면; 박상기, 앞의 책, 317-318면; 배종대, 앞의 책, §159-25; 앞의 책, §22-53; 이재상, 앞의 책, §10-37; 임웅, 앞의 책, 536면.

49) 김성돈, 앞의 책, 528면.

다른 이용자가 다운로드를 하지 않더라도 이미 공중전송에 해당된다. 만일 무선랜 운영자가 제3자의 저작권침해 행위를 그대로 방치하는 경우에는 실제의 침해와 동일한 것으로 인정될 수 있다. 따라서 공개 무선랜은 상응성 요건을 충족한다.⁵⁰⁾

4) 고의

객관적 구성요건요소를 모두 충족한 경우 다음은 무선랜 운영자에게 고의가 인정될 수 있는지를 검토해 본다. 고의가 인정되기 위해서는 무선랜 운영자가 제3자의 범죄를 인식해야 한다. 만일 무선랜 운영자가 예를 들어 수사절차를 통하여 자신의 IP주소로 저작권이 침해되었다는 사실을 통지받아서 제3자의 불법 행위를 인식하였다면, 암호를 설정하는 등의 조치를 하지 않고 계속 무선랜을 개방한 경우에는 적어도 장래의 저작권 침해에 대해서는 고의를 인정할 수 있다. 왜냐하면 그가 무선랜 개방의 특별한 위험성을 알게 되었고 그럼에도 불구하고 이를 방치하는 것은 이러한 위험을 용인 내지 감수하였다는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

하지만 무선랜 운영자가 이미 행해진 저작권 침해에 대해서도 인식을 하였는지에 대해서는 입증의 어려움이 있다. 무선랜을 운영하는 자는 언제 다른 사람이 자신의 무선랜을 이용하는지 기본적으로 알 수 없기 때문이다.

하지만 미필적 고의가 인정될 여지는 남아 있다. 지배적 학설은 미필적 고의를 인정하기 위해서는 인식적 요소뿐만 아니라 적어도 결과의 감수를 용인하는 의욕적 요소도 요구하고 있다. 오늘 날 저작권침해나 명예훼손, 해킹, 음란물유포, 개인정보 유출 등 불법행위가 인터넷에서 행해지고 있다는 사실은 각종 언론매체에서 자주 언급되고 있기 때문에 인터넷의 위험성은 일반인들에게 이미 알려져 있다고 할 수 있다. 하지만 무선랜 운영자가 이와 관련한 범죄의 가능성을 기본적으로 인식하고 있음에도 불구하고 자신의 무선랜은 범죄에 이용되지 않을 것이라고 생각할 수도 있다. 이러한 사안에서는 고의가 존재하지 않는다. 또한 정범과 관련한 방조의 고의도 충분하지 않을 수 있다. 왜냐하면 정범이 구체적으로 특정되지 않을 수 있기 때문이다. 뭔가 불법적인 것이 일어날 수 있을 것이라는 단순한 추측만으로는 구체적

50) 무선랜 운영자의 부작위와 관련하여 인과관계와 객관적 귀속의 검토도 중요한 의미를 가지나 이 논문에서는 지면관계상 다루지 못하였다.

인 범죄와 관련하여 고의를 인정하기에는 충분하지 않다.⁵¹⁾ 따라서 일반적으로 인터넷 접속의 잠재적 위험성만으로는 특정된 행위와 관련한 행위의 고의를 인정하기는 어렵다고 볼 수 있다.

따라서 고의는 적어도 무선랜 운영자가 개별적인 사례에서 범죄에 대한 구체적인 인식을 한 경우, 가령 예를 들어 저작권법상의 권리자로부터 저작권 침해 사실을 통보받았거나 형사고소를 통해서 이를 알게 된 경우 또는 그 밖의 방법으로 자신의 공개 무선랜을 통하여 권리가 침해된 사실을 알게 된 경우에 인정될 수 있다. 물론 이 경우에는 정범에 의하여 실행되는 불법행위에 대한 미필적 고의가 있는 것으로 충분하고⁵²⁾, 정범의 불법행위가 실행되는 일시, 장소, 객체 등을 구체적으로 인식할 필요는 없으며, 아울러 정범이 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.⁵³⁾⁵⁴⁾

3. 소결

무선랜 운영자가 직접 정범이나 공동 정범이 될 가능성은 항상 열려 있지만 이러한 경우는 예외에 해당할 것이므로 주로 무선랜 운영자의 방조범이 문제된다. 무선랜 운영자가 자신의 무선랜을 공개하여 제3자가 이를 이용하여 저작권 침해 등의 불법행위를 한 경우에는 그에게 위법성조각사유나 책임조각사유 등 특별한 면책사유가 존재하지 않는 한 방조범으로서의 책임을 질 가능성이 있다. 물론 이 경우 무선랜 개방 시부터 고의의 인정은 어려울 것이나 자신의 개방된 무선랜을 통하여 불법행위가 행해지는 것을 알면서도 이를 방치한 경우에는 고의가 인정될 수 있다. 이러한 결과는 공개 무선랜 활성화에 법적 장애가 될 수 있다. 그렇다면 공개 무선랜 운영자에게 이러한 형사책임으로부터 벗어나게 해 주는 제도가 필요하다. 무선랜 운영자의 책임제한제도가 그에 해당한다.

51) Hornung, Die Haftung von W-LAN Betreibern, CR 2007, S.88; Galetzka, Erik Stamer: Haftung für über WLAN begangene Rechtsverletzungen, K u. R (2012.6), S.14.

52) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결.

53) 대법원 2007.12.14. 선고 2005도872 판결; 1977. 9. 28. 선고 76도4133 판결.

54) 정범행위에 대한 방조자의 인식정도에 관한 자세한 내용은 김정환, “정범행위에 대한 방조자의 고의”, 『형사법연구』 제19권 제2호(2007 여름·통권 제31호), 153-159면 참조.

IV. 무선랜 운영자의 책임제한 여부

1. 문제 제기

일반인에게 무료로 공개 인터넷을 제공하고 있는 공공기관, 공항이나 기차역 등 대중교통기관, 도서관, 카페나 호텔 등 민간부분의 무선랜 운영자는 관련 형벌법규의 해석론에 의하면 제3자의 범죄행위에 대하여 부작위로 인한 방조범의 책임을 질 가능성이 있다. 제3자에게 전기통신역무를 이용할 수 있도록 한 전기통신법 제30조의 규정도 이러한 무선랜 운영자의 형사책임을 면제해 주는 것은 아니다. 따라서 무선랜 운영자의 책임제한이 현재의 법적 상황에서 가능한 지 검토한다.

2. ISP 책임제한 규정의 적용 가능성

가. ISP 책임 제한 규정

인터넷서비스제공자(ISP)란 일반적으로 정보통신망을 통해서 인터넷접속서비스, 임시저장(캐싱)서비스, 검색서비스, 저장(호스팅)서비스 등을 제공하는 자를 말한다. 현재 이러한 인터넷서비스제공자와 관련한 규정을 두고 있는 법률은 정보통신망법과 저작권법이다.

정보통신망법에서는 인터넷서비스제공자를 정보통신서비스제공자(제2조 제1항 제3호)로 표현하고 있다. 이 법에 의하면 ‘정보통신서비스제공자’란 전기통신사업자와 영리 목적의 정보제공자 또는 정보제공매개자를 말한다(제2조 제2항 제3호). 여기서 ‘정보통신서비스’란 전기통신사업법 제2조 제6호에 따른 전기통신역무⁵⁵⁾와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것을 말한다(정보통신망법 제2조 제2항 제3호). 하지만 정보통신망법에는 정보통신서비스제공자의 일반적인 책임 제한 규정을 두고 있지 않다.

저작권법에서는 인터넷서비스제공자를 온라인서비스제공자로 표현하고 있다. 저

55) 전기통신역무란 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말한다(전기통신사업법 제2조 제6항).

저작권법 제2조 제30호는 온라인서비스제공자를 2가지로 구분하여 규정하고 있다. 하나는 이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망⁵⁶⁾을 통하여 전달하기 위하여 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 자이고, 다른 하나는 이용자들이 정보통신망에 접속하거나 정보통신망을 통하여 저작물 등을 복제·전송할 수 있도록 서비스를 제공하거나 그를 위한 설비를 제공 또는 운영하는 자이다.

저작권법은 정보통신망법과는 달리 온라인서비스제공자의 면책 규정을 두고 있다. 즉 저작권법 제102조에서는 온라인서비스제공자의 책임제한과 관련하여 4가지 유형의 온라인서비스제공자를 분류하여 면책의 범위를 규정하고 있다. 첫째는 이용자가 인터넷에 접속할 수 있도록 이를 제공하는 인터넷접속서비스제공자(Access provider)이다. 접속제공자는 내용의 수정 없이 저작물 등을 송신하거나 경로를 지정하거나 연결을 제공하는 행위 또는 그 과정에서 저작물 등을 그 송신을 위하여 합리적으로 필요한 기간 내에서 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위를 한다. 둘째는 정보를 신속하게 전달하기 위한 기술을 사용하는 캐싱서비스제공자이다. 이 제공자는 서비스이용자의 요청에 따라 송신된 저작물 등을 후속 이용자들이 효율적으로 접근하거나 수신할 수 있게 할 목적으로 그 저작물 등을 자동적·중개적·일시적으로 저장하는 행위를 한다. 세 번째는 타인정보를 저장하는 호스팅 서비스 제공자이다. 복제·전송자의 요청에 따라 저작물 등을 온라인서비스제공자의 컴퓨터에 저장하는 행위를 하는 호스팅서비스이다. 넷째는 검색엔진제공자이다. 이 제공자는 정보검색도구를 통하여 이용자에게 정보통신망상 저작물 등의 위치를 알 수 있게 하거나 연결하는 행위를 한다. 이들 제공자들은 일정한 요건을 준수하는 경우에는 책임이 면제된다. 여기의 면책의 범위에는 민사책임 뿐만 아니라 형사책임도 포함된다.⁵⁷⁾

56) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망을 말한다.

57) 저작권법상 ISP의 책임제한규정이 형사책임에도 적용된다. 이러한 책임제한규정들이 범죄심사의 어느 단계에서 검토되어야 하는지 문제될 수 있다. 즉 구성요건배제사유인지 위법성조각사유인지 책임조각사유인지 아니면 인적처벌조각사유인지의 검토가 필요하다. 인적처벌조각사유로 보고 그 법적 효과를 논의한 견해로는 민영성, “ISP 책임규정의 범죄체계론상 지위와 법적 효과”, 『법학연구』 제55권 제1호(통권 제79호, 2014.2), 부산대학교 법학연구소, 86-108 참조. 하지만 형법의 다양한 유형의 착오문제를 해결할 수 있고 허용된 행위와 금지된 행위의 확정을 통해서 ISP가 나아갈

나. 무선랜 운영자에게 적용가능성

무선랜 운영자가 자신의 무선랜을 통하여 이용자가 행한 불법행위로부터 형사책임을 면하기 위해서는 그 근거규정이 있어야 한다. 이와 관련하여 우선 무선랜 운영자가 정보통신망법과 저작권법의 인터넷서비스제공자에 해당되는지가 검토되어야 한다. 무선랜 운영자는 자신의 무선랜을 통하여 이용자가 인터넷에 접근할 수 있게 해 준다는 점에서 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 통신서비스를 제공하는 자로 이해될 수 있다. 하지만 정보통신망법상의 정보통신서비스제공자에는 해당되지 않는다. 왜냐하면 무선랜 운영자는 전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자가 아니며, 특히 ‘영리를 목적으로’ 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자가 아니기 때문이다. 정보통신망법에서는 정보통신서비스제공자에 대한 일반적인 면책규정은 없지만 일정한 경우 면책되는 경우가 있다. 하지만 정보통신서비스제공자에 해당하지 않기 때문에 이러한 면책의 혜택을 누릴 수 없다.

하지만 저작권법에 의해서는 다른 판단이 내려질 가능성이 있다. 무선랜 운영자가 저작권법상 온라인서비스제공자의 법적 개념에 포함될 수 있기 때문이다. 예를 들어 이용자가 무선랜을 이용하여 토렌트 사이트에서 파일을 내려받거나 올리는 경우를 가정해 보면, 무선랜 운영자는 이용자가 선택한 저작물 등을 그 내용의 수정 없이 이용자가 지정한 지점 사이에서 정보통신망을 통하여 ‘연결’을 제공하는 자(저작권법 제2조 제30호 가목)에 해당될 수 있다. 또한 무선랜은 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 송신 또는 수신하는 정보통신체제인 정보통신망(정보통신망법 제2조 제1항 제1호)에 해당된다.

무선랜 운영자가 저작권법상 온라인서비스제공자의 법적 개념에 포함된다면 다음은 구체적으로 어떠한 온라인서비스제공자에 해당하는지 검토되어야 한다. 앞서 언급한 바와 같이 저작권법상 제공자의 면책규정은 유형에 따라 달리 규정되어 있기 때문이다. 생각건대 무선랜을 통하여 인터넷에 접속을 가능하게 하므로 무선랜

방향을 확실하게 설정한다는 측면에서 필자는 구성요건단계에서 검토되어야 한다고 본다(박희영, “인터넷 서비스 제공자의 형사책임에 관한 연구”, 『인터넷법률』 통권 제22호(2004.3), 115-119면 참조). 이와 관련한 상세한 논증은 다음 기회로 미룬다.

운영자는 인터넷접속서비스제공자(Access provider)에 해당된다고 볼 수도 있다. 즉 무선랜 운영은 내용의 수정 없이 저작물 등의 연결을 제공하는 행위에 해당할 수 있기 때문이다.

저작권법 제102조 제1항은 다음 네 가지 요건을 모두 갖춘 경우에 인터넷접속서비스제공자의 (형사)책임을 면하도록 규정하고 있다. 첫째, 온라인서비스제공자가 저작물 등의 송신을 시작하지 아니한 경우, 둘째, 온라인서비스제공자가 저작물 등이나 그 수신자를 선택하지 아니한 경우, 셋째, 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 반복적으로 침해하는 자의 계정(온라인서비스제공자가 이용자를 식별·관리하기 위하여 사용하는 이용권한 계좌를 말한다)을 해지하는 방침을 채택하고 이를 합리적으로 이행한 경우, 넷째, 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치로서 대통령령으로 정하는 조건을 충족하는 표준적인 기술조치를 권리자가 이용한 때에는 이를 수용하고 방해하지 아니한 경우이다.

이들 요건 중 무선랜 운영자는 저작물 등의 송신을 시작하지 않고, 그 수신자도 선택하지 않기 때문에 처음 두 가지 요건을 충족한다. 하지만 무선랜 운영자는 일반적으로 권리를 반복적으로 침해하는 자의 계정을 해지하는 방침을 채택하지 않으며, 저작물 등을 식별하고 보호하기 위한 기술조치도 하지 않기 때문에 세 번째와 네 번째의 요건을 충족하지 않는다. 특히 세 번째와 네 번째의 면책사유는 일반적인 인터넷접속을 매개하는 인터넷접속제공자를 전제로 하고 있다. 따라서 무선랜 운영자는 저작권법상 온라인서비스제공자의 법적 개념에는 포함될 수 있을지 몰라도 개별적 면책사유를 모두 갖춘 경우에 해당하지 않기 때문에 인터넷접속제공자에는 해당하지 않는다. 즉 우리 입법자는 온라인서비스제공자의 법적 개념을 넓게 하여 무선랜 운영자가 포함될 가능성을 열어 놓았지만 온라인서비스제공자를 단계별로 세분화하면서 어느 한 곳으로는 포함될 수 없도록 만들어 놓았다.

따라서 무선랜 운영자는 정보통신망법이나 저작권법에 의한 인터넷접속제공자에 해당되지 않기 때문에 앞서 검토한 부작위에 의한 방조범으로서의 형사책임을 질 가능성이 열려 있으므로 무선랜 운영자에 대한 면책규정이 필요하다.

V. 공개 무선랜 활성화를 위한 올바른 형사정책 방안

1. 공개 무선랜 활성화의 시대적 요청

앞서 말한 바와 같이 우리 정부는 2012년부터 공공장소에서 국민 누구나 무료로 인터넷을 이용할 수 있는 공개 무선랜을 확대 보급하는 정책을 시행 중에 있다. 인터넷 정보이용 격차를 해소함으로써 정보통신복지를 증진시키고 국민행복을 실현하기 위한 것이 그 목적이다. 국민들이 자주 이용하는 전통시장, 복지시설, 주민센터 등 무선인터넷 인프라가 취약한 공공장소에 우선적으로 구축 중이다.⁵⁸⁾ 아울러 지방 자치단체도 공공장소나 공공시설에 무선랜 설치를 확대 보급하고 있다.

이처럼 무선랜의 구축과 보급은 앞으로 다가올 유비쿼터스 사회의 필수적인 인프라에 해당하기 때문에 정부의 이러한 정책방향은 올바르게 설정되었다고 본다. 나아가서 이러한 정책방향은 민간분야의 무선랜 개방에도 상호 영향을 미칠 수 있을 것이다.

하지만 무선랜 운영자의 형사처벌 가능성은 공개 무선랜의 활성화에 장애요인이 될 수 있다. 따라서 무선랜의 개방과 형사책임의 충돌을 해결하기 위한 법정책이 제시되어야 할 것이다. 공개 무선랜의 활성화가 시대적 요청이라면 이에 맞는 법정책이 필요하다. 우선 형사책임을 제한하여야 한다. 그러기 위해서 무선랜 운영자의 책임을 제한하는 규정을 두어야 한다. 나아가서 이 문제는 형사책임을 제한에 국한되는 것이 아니라 공법이나 민사법 영역에 공통으로 적용되는 책임 제한이어야 할 것이다.

2. 구체적 방안

앞서 검토한 바와 같이 공개 무선랜의 운영은 형사처벌의 위험성이 있다. 이러한 형사책임의 인정은 대부분 민사책임에도 그대로 적용될 수 있다. 특히 공동불법행

58) 2012년도 2000개소 개방을 시작으로, 2013년 7월 1,020개소가 추가로 개방되었으며, 2013년 하반기 1,022개소가 신규 구축 중으로 2013년 말까지 약 4,000개소로 확대될 예정이라고 한다. 전국 공공장소에 단계적으로 구축하여, 2017년도말까지 총 12,000개소로 확대할 계획이라고 한다(미래 창조과학부 정보화전략국 인터넷정책관 네트워크기획과).

위에 있어서 민사책임은 고의와 과실을 구별하지 않기 때문에 오히려 그 책임의 범위가 형사책임보다 훨씬 넓다. 따라서 형사책임이 인정되지 않는 경우에도 민사책임이 인정될 수 있다. 예를 들어 저작권침해와 관련하여 금지청구권의 경우가 그러하다. 따라서 무선랜 보급의 활성화를 위해서 일정한 요건을 갖춘 경우 법적 책임을 제한해 주는 것이 필요하다. 이러한 입법은 형사책임뿐만 아니라 민사책임 및 공법상 책임을 포괄하는 일반적인 책임제한법률이 되어야 한다.

우선 구체적인 입법안을 논하기 이전에 현행법의 해석에 의해서는 이 문제를 해결할 수 없다는 점이 확정되어야 한다. 저작권침해를 제외한 권리침해의 경우 ISP의 책임제한에 관한 일반 법률이 없어서 그 해결은 주로 판례에 위임되어 있다. 일반적인 책임제한규정이 존재하지 않는다고 하여 법원의 해석에 맡기는 것은 바람직하지 않다. 무선랜의 운영과 이용으로 발생하는 법적인 문제는 우선 권리 침해자의 이익과 무선랜 이용자의 인터넷 접근 및 익명이용권 그리고 무선랜 운영자의 영업의 자유 등 헌법상 기본권이 서로 충돌하는 영역이기 때문에 무선랜 운영자의 책임 설정 문제는 법원의 해석에 의해서가 아니라 입법자의 결단에 의해서 해결되어야 한다.⁵⁹⁾

무선랜 운영의 경우 그 기능은 주로 인터넷 접속을 제공해 주는 것이기 때문에 정보통신망법의 정보통신서비스제공자나 저작권법상의 온라인접속서비스제공자의 기능과 유사하다. 따라서 무선랜 운영자를 여기에 포함시키는 방안을 고려해 볼 수 있다. 우선 OSP의 책임제한 규정을 두고 있는 저작권법의 인터넷접속제공자의 범위에 무선랜 운영자를 포함시키는 방안을 고려해 볼 수 있다. 하지만 공개 무선랜을 통하여 행해지는 불법행위는 저작권 침해에 한정되는 것이 아니기 때문에 저작권법상의 OSP 책임제한 규정에 포함시키는 데는 한계가 있다. 따라서 일반적인 책임제한법률이 필요하다. 이러한 방향에서 서론에서 언급하였던 독일에서 논의되었던 무선랜 운영자의 책임제한에 관한 법률안을 참고해 볼 필요가 있다. 독일의 입법은 ISP의 일반적인 책임제한법률인 텔레미디어법(TMG)에서 불특정 이용자를 대상으로 하는 상업적·비상업적 무선랜 운영자를 인터넷 접속중개자에 포함시켜 책임을 면제하도록 하고 있다(텔레미디어법 제8조 제3항 도입안).

59) Garcia, Grundrecht auf Freifunkten: Warum der BGH offenes WLAN nicht verbieten kann (<http://www.heise.de/tp/artikel/32/32466/1.html>, 2014.1.20. 방문)

무선랜 운영자를 인터넷접속제공자에 포함시킬 경우 고려되어야 하는 것은 무선랜 운영자의 범위의 확정 문제이다. 무선랜 운영자에는 공공분야와 민간분야에 걸쳐 다양하게 분류된다. 오늘날 대규모 상업적 ISP는 특히 저작권법의 경우 대부분 면책의 특혜를 받고 있지만, 무선랜을 비상업적으로 또는 단지 부수적인 서비스 제공의 차원에서 공개로 제공하는 카페, 레스토랑, 서점 등은 그러한 특혜를 받지 못하고 있기 때문에 형평의 차원에서 문제가 제기될 수 있다. 따라서 책임제한을 받을 수 있는 범위를 공공기관에 한정할 것인지 아니면 개인이나 사무실, 카페, 호텔, 레스토랑까지 전면 확대할 것인지가 정해져야 한다. 인터넷 정보이용 격차를 해소함으로써 정보통신복지를 증진시키고 국민행복을 실현하기 위하여 공개 무선랜을 확대 보급하려는 정부의 정책을 고려하면 공개 무선랜의 전면 허용이 바람직하다.

하지만 서론에서 언급했듯이 여기에는 공개 무선랜에 내재해 있는 위험성이 고려되지 않을 수 없다. 공개 무선랜의 경우 누구나 이용할 수 있도록 구축 되어 있어 일반인뿐만 아니라 해커도 접속할 수도 있다. 이러한 경우 악성코드의 유포나 스웸 발송의 근원지가 될 수 있으며 공중 무선랜에서 침해사고 발생 시 무선 AP까지만 추적이 가능하여 대응에 어려움이 야기될 수 있다. 따라서 법적인 조치와 함께 공중 무선랜 구축 시에는 이용자 접속관리 시스템 등 침해사고 추적을 위한 장치도 함께 고려해 볼 수 있을 것이다.

이러한 관점에서 보면 무선랜 운영자에게도 인증절차와 같은 보안조치가 요구될 수 있다. 정보통신망법 제45조는 이미 정보통신서비스제공자에게 정보통신망의 안정성과 신뢰성을 확보하기 위한 보안조치를 하도록 의무를 부과하고 있다. 공공기관의 공개 무선랜이나 상업적 ISP가 구축한 공개 무선랜은 이러한 요구에 따른 조치를 강구할 수 있지만, 비상업적 민간분야의 경우 이를 받아들여 수행하기는 사실상 어렵다. 만일 전면 개방정책을 실시한다면 무선랜 운영자와 기존의 인터넷접속 제공자의 차이점을 고려하여 개별적으로 규정하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 일정한 범위의 무선랜 운영에만 이러한 보안조치를 요구할 수 있다. 예를 들어 영국의 경우와 같이 하루 접속자수를 기준으로 정할 수도 있다.⁶⁰⁾ 하지만 공개 무선랜에서

60) 이에 대한 소개는 다음 참조 : 오병철, 「해의 무선랜 보안 법제도 연구」 (연구보고 2010-0003), 서울: 한국인터넷진흥원, 2010, 40-43면.

접속인증절차를 강화하여 사실상 비공개에 준하는 무선랜은 국가의 공개 무선랜 정책에 반하는 것이어서 바람직하지 않다. 접속은 간단하게 하되 접속자의 접근기록을 남기는 접근 관리 시스템(예를 들어 Wi-Fi 단말기 위치추적 시스템)도 고려해 볼 수 있다. 하지만 이 경우에는 개인정보의 수집과 관련이 있기 때문에 관련 법규와의 조화가 이루어져야 할 것이다.

VI. 결론

정보통신기술(ICT)의 발전으로 누구나 무선랜을 구축할 수 있고 이를 공개할 수 있게 되었다. 하지만 공개 무선랜은 보안이 취약하여 다양한 불법행위의 수단으로 악용될 가능성이 있다. 따라서 본 논문은 무선랜의 운영과 이용으로 발생하는 다양한 법적인 문제를 형법의 관점에서 검토하여 그 입법방안을 제시하였다.

무선랜의 운영과 이의 이용은 전기통신사업법 제30조와 정보통신망법 제48조의 2를 종합하여 해석해 보면 예외사유에 해당하는 경우 정당화된다. 하지만 무선랜 운영이 허용되는 경우라 하더라도 자신이 개방한 무선랜에서 제3자의 불법행위까지 허용하는 것은 아니다. 따라서 제3자가 개방된 무선랜을 통하여 인터넷상에서 저작권 침해와 같은 불법행위를 저지른 경우 무선랜 운영자는 위법성 조각사유나 책임조각사유에 해당되지 않는 한 부작위 방조범으로 처벌된다. 하지만 무선랜 운영자의 형사처벌 가능성은 공개 무선랜의 활성화에 장애요인이 될 수 있다. 따라서 기존의 책임제한규정들은 무선랜 운영자를 포함하지 않기 때문에 새로운 책임제한규정이 필요하다.

새로운 책임제한법률은 형사책임의 제한에 국한되는 것이 아니라 공법이나 민사법 영역에 공통으로 적용되는 책임 제한이어야 한다. 무선랜 운영의 경우 그 기능은 주로 인터넷 접속을 제공해 주는 것이기 때문에 정보통신망법의 정보통신서비스제공자나 저작권법상의 온라인 접속제공자의 기능과 유사하다. 따라서 무선랜 운영자를 여기에 포함시키는 방안이 고려되어야 할 것이다. 무선랜 운영자를 인터넷접속제공자에 포함시킬 경우 고려되어야 하는 점은 무선랜 운영자의 범위의 문

제이다. 또한 무선랜 운영자에게도 인증절차와 같은 보안조치가 요구될 수 있다. 하지만 이러한 보안조치에는 무선랜 운영자와 기존의 인터넷접속제공자의 차이점을 고려하여야 할 것이다. 공개 무선랜에서 접속인증절차를 강화하여 사실상의 비공개에 준하는 무선랜은 국가의 공개 무선랜 정책에 반하는 것이어서 바람직하지 않기 때문이다.

참고문헌

※ 지면관계상 참고한 형법교과서는 생략함.

- 권영준, “인터넷상 정보에 대한 접근 및 취득행위의 위법성”, 「비교사법」, 14권 3호 상 (2007. 9), 한국비교사법학회.
- 김성돈, “인터넷상의 웹하드 서비스제공자의 형사책임”, 「성균관법학」 제22권 제2호 (2010.08).
- 김정환, “정범행위에 대한 방조자의 고의”, 「형사법연구」 제19권 제2호(2007 여름·통권 제31호).
- 민영성, “ISP 책임규정의 범죄체계론상 지위와 법적 효과”, 「법학연구」 제55권 제1호 (통권 제79호, 2014.2), 부산대학교 법학연구소.
- 박희영, “인터넷 서비스 제공자의 형사책임에 관한 연구”, 「인터넷법률」 통권 제22호 (2004.3), 법무부.
- 박희영, “공개 무선랜 운영자와 이용자의 형사책임과 형사정책 방향”, 「입법과 정책」 제2권 제2호(2010.12), 국회입법조사처.
- 박희영, “공개 사설 무선랜 무단이용의 가벌성에 관한 독일 판례연구”, 「치안정책연구」 제25권 제2호(2011.12), 치안정책연구소.
- 박희영, “제3자의 불법행위로 인한 사설 무선랜 운영자의 법적 책임”, 「법제」 (2011. 3), 법제처.
- 오경식/이정훈/황태정, “저작권침해와 온라인서비스제공자의 형사책임”, 「형사정책」 제21권 제2호(2009. 12).
- 오경식/황태정/이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 「형사정책」 제22권 제1호(2010.7).
- 오병철, “사설 무선랜 보안과 활성화의 조화를 위한 법적 의무와 책임”, 「Internet and Information Security」 제1권 제2호 (2010년 11월), 한국인터넷진흥원.
- 오병철, 「해외 무선랜 보안 법제도 연구(연구보고 2010-0003)」, 한국인터넷진흥원, 2010.
- 이범균, 「대법원판례해설, 통권 제59호(2006. 7)」, 법원도서관.

- 이세화, “작위와 부작위의 단계적 고찰”, 「형사법연구」 제19권 제2호(2007 여름통권 제31호), 한국형사법학회.
- 이호중, “위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회.
- Bär, Wolfgang, Wardriver und andere Lauscher - Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit WLAN, MMR 2005, 434-441.
- Galetzka, Christian, Erik Stamer: Haftung für über WLAN begangene Rechtsverletzungen, K u. R (2012.6), 14.
- Hornung, Gerrit, Die Haftung von W-LAN Betreibern, CR 2007, S.88 [BGH 01.06.2006 - I ZR 167/03, Rn.94].
- Garcia, Oliver, Grundrecht auf Freifunk: Warum der BGH offenes WLAN nicht verbieten kann (<http://www.heise.de/tp/artikel/32/32466/1.html>).
- Mantz, Rechtsfragen offener Netze, Rechtliche Gestaltung und Haftung des Access Providers in ausgangsoffenen (Funk)Netzen, Dissertation 2008: Univ. Karlsruhe.
- Reinbacher, Tobias, Drahtlos straflos? - Gedanken zur Strafbarkeit der privaten Betreiber offener WLAN-Anschlüsse, in: Geistiges Eigentum und Strafrecht, Mohr Siebeck: 2011.
- 독일 좌파정당 링케(Die Linke)의 무선랜 운영자 책임제한법률안. EU 단일 통신 시장 구축을 위한 법률안 (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-627-EN-F1-1.Pdf>).

Criminal responsibility of operation and use of WLAN

Park, Hee-Young*

Through the development of ICT(information and communication technology) anyone can operate and use a WLAN(Wireless Local Area Network). Because of the security of the open WLAN, however, there ist a possibility to be used as a means of crime. This paper examines various problems in relation to criminal law, which are caused by the operation and the use of the open WLAN, and suggests solutions.

The operation and the use of WLAN ist approved by the interpretation of §30 Telecommunications Business Act(TBA) in conjunction with §48-2 Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Informations Protection, etc.(ITN). But this approval doesn't mean admissibility of a crime by a third party through an open WLAN access. Therefore holders of an open WLAN is punishable as an aiding by omission if a third party makes a criminal offense. Such criminalization of open WLAN operator hampers the spread of open WLAN. It requires new provisons, because the existing limitation of liability provisions of ISP(or OSP) can not cover WLAN operator.

An Act which limits the liability of open WLAN operator should be together not only applicable in criminal law, but also in public and civil law. The function of open WLAN operator is similar to that of ISP in ITN and OSP in copyright law. Therefore it should be considered that the concept of ISP and OSP includes WLAN operators. The open WLAN should take a measure as such as ISP and OSP. There should be a difference between public, business and nonbusiness area. Access procedure in order to identify users should not be complicated. Such

* Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Researcher, Ph.D of Law

reinforcement may be against the national policy of open WLAN.

❖ Key words: WLAN, operator of open WLAN, ISP(OSP), aiding(Beihilfe),
ommission(Unterlassung)