

인터넷 공간상의 표현행위와 그 침해의 구제 방안¹⁾

양 경 승
판사, 사법연수원교수

I. 인터넷 공간상 표현의 자유와 그 한계

1. 인터넷의 보급과 폐해

최근 텔런트 최진실 씨의 죽음을 계기로 우리 인터넷 문화에 대한 비판의 목소리가 높다. 우리나라 인터넷 이용 인구는 전체 인구의 75%가 넘는 약 3,500만 명으로서 세계에서 그 보급률이 가장 높다고 한다. 그 만큼 우리나라에서는 인터넷을 통한 정보교환과 표현행위가 활발하게 이루어지고 있는 것이다. 그러나 인터넷 가상공간이 표현욕구와 본능의 배설구이자 화상실 벽의 낙서판으로 변함으로써, 근거 없는 악소문의 전파, 명예훼손이나 모욕, 사생활폭로 등이 범람하고 있다. 이로 인해 피해자의 자살, 정신장해, 사업실패 등 그 역기능이 심각한 실정이다.²⁾

기존의 다른 언론매체에 비해서 인터넷은 용이한 접근성과 저렴한 비용, 쌍방향적 정보교류를 통한

증폭·상승·확대재생산 효과, 자기를 드러내지 않는 익명성·은밀성으로 법익침해가 쉽게 발생할 수 있고, 그 파급효과 역시 신속하고 광범위하며 지속적인 특성을 보인다. 이로 인해 음란한 정보나 타인의 명예 등 권익을 침해하는 정보가 유통될 경우 그 피해가 비교할 수 없을 만큼 커지게 된다. 반면에 이를 사전에 방지하거나 사후에 구제하는 것이 쉽지 않은 특성을 갖고 있다.

그런데 인터넷 기술의 발전과 통신, 방송기술과의 융합에 따라 인터넷과 기존 매체의 구별이 어려워지고, 기존 매체 간에도 그 장벽이 무너져 경계가 모호해지고 있다. 이에 따라 언론매체를 전통적인 시각으로 구별, 분류할 수도 없게 되었고, 이에 대한 규제와 피해구제 역시 단편적으로 대응해서는 소기의 성과를 기대할 수 없는 실정이다.

근래 인터넷과 관련하여 다양한 영역에서 전통적인 법적·제도적 규율수단의 유효성과 한계를 검토하고 새로운 대안을 모색하고자 하는 움직임이 활

1) 이 논문은 언론중재위원회가 주최한 언론중재법 개정 심포지엄에서 발제된 내용을 요약·정리한 것입니다.

2) 최근의 사례만도 최진실 씨 외에 지난해 자살한 가수 유니와 텔런트 정다빈도 성형 논란 등 악플에 시달렸고, 그것이 자살의 한 원인으로 전해지고 있으며, 가수 나훈아 씨 관련 괴소문도 인터넷을 중심으로 확대 재생산되어 본인이 열거적인 기자회견을 하고 나서야 가라앉았다. 이와는 유형이 다르지만 잘못되거나 근거가 없는 의료지식이나 영타리 의학정보도 넘쳐나고 있다고 한다(중앙일보 2008. 10. 6.자 5면 참조).

발하다. 특히, 인터넷상의 표현활동에 따른 피해를 규제, 시정하기 위한 여러 가지 방안이 모색되고 있는바, 인터넷산업의 발달이 현저한 우리 사회에서는 더욱 그 노력이 절실한 실정이다. 이 글에서는 그 간의 성과를 확인하고, 그 위에 필자의 의견과 새로운 대안을 제시하고자 한다.

2. 인터넷 공간상의 표현행위에 대한 규제의 가부

헌법의 문리적 규정에는 언론, 출판의 구체적 내용에 대한 언급이 없으나, 이는 널리 표현의 자유에 대한 보장으로서 담화, 연설, 토론, 연극, 방송, 음악, 소설, 도화, 사진, 조각 등 그 표현수단의 종류에 관계없이 사상이나 의미를 나타내는 것이면 어느 것이나 이에 포함된다는 것이 통설, 판례³⁾이다. 인터넷상의 표현행위는 그 수단으로 인간의五官으로는 직접 수용할 수 없는 디지털 암호나 부호가 게재되나, 이 역시 인간이 표현행위를 위해 미리 안출, 약속한 상징언어 또는 컴퓨터 프로그래밍 언어로서 문자나 말, 그림 등과 달리 보아야 할 이유가 전혀 없다. 따라서 인터넷상의 표현행위도 인쇄매체나 방송과의 결합 형태는 물론 그 자체로서도 헌법상의 '언론, 출판'에 속하며 똑같은 보호의 대상이 된다.

그러나 언론의 자유가 절대불가침의 권리라고 할 수는 없다. 즉, 표현행위는 타인의 명예나 신용, 프라이버시, 업무 기타 인격권 등 개인적 법익이나 국가안전보장, 사회질서, 선량한 풍속 등 국가적·

사회적 법익의 침해를 불가피하게 야기하는바, 이러한 법익 역시 헌법적으로 보장되는 것으로서 타인이나 청소년 등 사회성원의 존엄성 유지와 행복추구, 인격완성에 필수불가결하므로 양자의 균형과 조화가 불가피하다.

헌법재판소와 대법원은 언론의 자유와 인격권 등 다른 기본권이 서로 충돌하는 경우 조화로운 방법이 모색되어야 하므로, 과잉금지의 원칙이나 이익형량, 적정비례의 원칙에 벗어나지 않는 한 법적 제한이 불가피하며, 이러한 견지에서 정정보도청구권, 반론권, 형법상의 명예훼손죄 등이 헌법적으로 용인될 수 있다고 판시하고 있다.⁴⁾

따라서 인터넷상의 표현행위 역시 이 같은 원리에 의한 규제를 면할 수는 없다. 그런데 기존의 다른 언론매체에 비해 인터넷은 그 범위와 대상이 워낙 넓고 기술적으로도 완벽한 통제가 불가능한 한계로 인해 그 규제나 피해구제가 어려운 문제를 안고 있다. 하지만 어떤 형태로든 이에 대한 규제가 필요하다는 데에는 이견이 없다. 다만, 인터넷 공간이 워낙 넓고 다종다양한 데에다 그 정보 유통량이 막대하며, 인터넷 공간에서의 기술변모가 매우 빨라 근원적으로 규제에 한계가 있고, 작금 논의되고 있는 바와 같이 실명제나 사이버모욕죄 등을 도입할 경우 자유로운 표현활동을 근간으로 하는 인터넷 언론이 위축되고 비판기능이 축소될 수도 있어 규제에 반대하는 목소리도 만만치 않은 실정이다. 그러한 반영으로, 인터넷에 대한 규제의 방향은 미국식 방임형과 유럽식

3) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 91헌바17 결정.

4) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정, 1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정, 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정, 2006. 6. 29. 선고 2005헌마165 등 결정, 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결, 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결, 2006. 11. 23. 선고 2004다50747 판결 등.

간여형이 대립하고 있다.

그러나 인터넷 공간에서의 표현행위 역시 그 기술적·수단적 특성에 불구하고 그 본질에 있어서는 기존의 매체와 다를 바가 없으므로 어떤 형태로든 타율적인 법적·제도적 규제가 불가피하다.

우리 대법원 역시 이에 대하여 원칙적으로는 기존 매체에 대한 것과 같은 법적 차원에서 접근하고 있다. 따라서 현시점에서는 표현의 자유와 인격권 등 다른 권리의 균형과 조화라는 대명제 하에, 인터넷 공간의 여러 가지 특성을 고려하고 인터넷 기술과 문화의 장기적인 발전을 기대하면서 기존의 법제도가 안고 있는 문제점을 도출하고 개선, 보완함으로써, 인터넷을 통한 표현의 자유와 그 순기능을 신장하는 동시에 그 폐해를 최소화하는 것이 중요하다.

그리고 이 문제에 대응함에 있어서는 인터넷의 속성에 따라 기존 매체와는 다른 수단과 내용의 규제와 피해구제방법이 필요할 것이다. 또 규제의 강도를 높이면 피해가 줄어들 가능성이 커지겠지만, 역으로 표현의 자유 위축, 인터넷 비용의 증가, 통신 지연 등의 사회적 비용이 뒤따른다는 점을 충분히 감안하여야 한다.

II. 인터넷 공간상의 표현행위에 대한 규제와 문제점

1. 규제의 대상

오늘날 인터넷 공간은 다종다양하며 그 공간 내에서의 표현활동 역시 다양하게 전개되고 있다. 가장 간단한 형태로는 ①전자우편(e-mail)이나 채팅 같은 일대일 공간, ②포털로 대표되는 인터넷서비스공급자(Internet Service Provider = ISP)⁵⁾ 등이 제공하는 뉴스서비스 사이트, 게시판(bulletin board)이나 대화방, 토론방 등의 공개광장(public forum), ③인터넷신문이나 인터넷방송과 같은 이른바 전자언론 공간, ④자신에 관한 정보를 제공하고 제한된 범위 내에서 정보를 수령하는, 학교, 기업, 관공서, 개인 등이 운영하는 인터넷홈페이지나 블로그로 나눌 수 있다. 이 가운데 ①은 공연성으로 인한 피해자 발생의 우려가 거의 없고, ③, ④는 댓글 등에 의한 피해 발생의 여지가 있으나 기존 신문·방송매체보다 심각한 것은 아니다. 이들이 언론으로서 보호되고 규제받아야 하는 것은 물론이지만, 그 활동 형태에 따라 규제와 구제수단의 방향을 달리할 수밖에 없을 것이다.⁶⁾

현재 인터넷 공간상의 표현활동을 규제하는 법령은 복잡 다양하지만, 이를 크게 언론중재법과 정보통신망법으로 대분할 수 있다. 전자는 방송, 정기간행물, 뉴스통신, '인터넷신문'과 같이 취재, 편집(편성), 보도, 논평, 해설 등을 통해 여론 및 정보의 전파를 주된 활동으로 하는 언론사업자를 규율 대상으로 한다.⁷⁾ 반면 후자는 전기통신설비나 그것과 컴퓨터를 결합한 정보통신체제에 의하여 여러 가지 정보를 수집, 가공, 저장, 검색, 송수신하는 행위자

5) 인터넷 공간의 주체는 인터넷에 접속할 수 있게 하고 정보를 제공·전달·저장하는 등의 중심적 역할을 하는 ISP와, ISP가 제공하는 이들 서비스를 이용하는 이용자이다. ISP는 OSP(Online Service Provider)라고도 불리는데 정보통신망법은 유사한 개념으로 정보통신서비스제공자라고 하고 있다. 이 글에서는 편의상 이들을 같은 것으로 취급하기로 한다.

6) 규제의 상대방은 ISP, 홈페이지 운영자, 게시판 등 커뮤니티의 관리·운영자, 이용자가 될 것인데, ISP의 규모와 기능이 가장 크고 중요하여 근래 규제의 중점은 ISP로 모아지고 있다.

7) 언론중재법 제2조, 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률(이하 신문법으로 약칭함) 제2조, 방송법 제2조 등 참조.

로서의 정보통신서비스제공자, 이용자를 규율 대상으로 한다.⁸⁾

한편, 언론중재법은 사실적 주장의 '보도'에 의한 피해구제를 본령으로 하며, 그 특유의 구제수단으로서 정정보도·반론보도·추후보도 청구권을 인정하여 권리행사의 요건과 구제절차 등에 있어 민법이나 민사소송법과는 다른 특별한 취급을 하고 있다. 현재 인터넷상의 언론활동 중 언론중재법의 유일한 규율 대상은 '인터넷신문'으로, 취재인력 2인 이상을 포함해 편집인력 3인 이상을 상시 고용하고 기사의 30% 이상을 자체 생산할 때 이에 포함된다.

이에 반해 '인터넷신문' 외의 인터넷 공간 전부를 규율하는 정보통신망법은 정보통신망·서비스의 이용 촉진과 그 안정성 확보, 정보통신체제의 안전하고 건전한 이용을 꾀하는 것을 주안으로 한다. 다만, 이 법에서도 그 유통된 정보로 인해 피해를 입은 자에게 직접적으로 삭제와 반박내용의 게재 청구권을 부여하고, 간접적으로는 방송통신심의위원회 및 정보통신서비스제공자의 심의와 시정명령, 형사처벌 등을 통해 피해를 구제하고 있다.

위와 같이 언론중재법의 규율 대상이 매우 좁아 인터넷 공간상의 표현행위 전부가 이에 포함될 수는 없다는 점에서, 근래 그 대상을 확대하자는 논의가 활발하다. 특히 포털의 뉴스서비스 기능과 언론사닷컴의 인터넷을 통한 정보유통량이 폭발적으로 늘어나고 그 형태와 종류가 다양해지면서 더욱 그 확대 필요성이 절실해지고 있다. 이런 요구를

수용하기 위해 '인터넷신문' 외에 다른 인터넷 언론매체로 언론중재법의 적용 대상을 확대하되, 그 포섭기준을 위와 같은 '보도' 활동에 두어 정치, 경제, 사회, 문화, 시사 등에 관한 보도, 논평, 여론 및 정보의 전파를 목적으로 활동하는 것이면 이에 포함시키는 것을 원칙으로 하면서도, 일회적이거나 간헐적인 것은 포섭할 필요성이 적으므로 이를 제외하는 것이 타당하다.

그리하여 언론중재법 제2조 제1호의 '인터넷신문' 대신에 이를 '인터넷언론'으로 하고, 그 구성개념은 '정치, 경제, 사회, 문화, 시사 등에 관한 보도, 논평, 여론 및 정보 등을 계속적으로 전파할 목적으로, 스스로 또는 타인이 취재, 편집, 집필, 편성한 기사를 정보통신망법 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 이용하여 보도, 제공하거나 매개하는 인터넷신문, 인터넷방송, 인터넷홈페이지 기타 이와 유사한 기능을 하는 것'으로 정하는 것이 바람직하다.⁹⁾ 이렇게 되면 뉴스서비스를 제공하고 있는 인터넷포털, 언론사가 운영하는 인터넷홈페이지(언론사닷컴)는 이에 포함될 것이나, '보도' 활동을 주된 업무로서 계속적으로 하지 않는 정부, 공공기관, 회사, 학교, 개인 등의 인터넷홈페이지나 블로그 등은 제외될 것이다.

2. 보호법익

인터넷 공간에서도 개인적 법익, 국가적 법익, 사회적 법익이 모두 침해될 수 있다. 이들은 민법, 형

8) 전기통신기본법 제2조 및 정보통신망법 제2조 참조.

9) 현재 '인터넷신문'은 신문법의 적용 대상으로서 그에 따른 많은 규제를 받는데, '인터넷신문' 외에 뉴스서비스를 하는 인터넷포털 등과 같은 '인터넷언론'까지 정보통신망법이 아닌 신문법의 적용 대상으로 하는 것은 그 성격이나 구조 등 여러 면에서 타당치 않다고 생각된다.

법, 언론중재법, 정보통신망법, 공직선거법, 군사기밀보호법, 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 등의 실정법에 의하여 보호된다. 개인적 법익의 경우 명예, 신용, 프라이버시, 초상, 성명 등의 인격권과 재산권 등 모든 법익이 다 포함된다. 다만, 정보통신망을 이용한 명예훼손의 경우 정보통신망법에 의해 형법상의 그것보다 무겁게 처벌된다.

3. 구제수단

가. 손해배상

(1) 인터넷 공간에서 타인의 명예를 훼손하는 등으로 법익을 침해한 경우 민법에 의해 불법행위에 따른 손해배상책임을 지게 된다. 불법행위의 성립요건은 ①침해행위(표현행위)와 손해의 발생, ②침해행위와 손해의 인과관계, ③행위자의 고의 또는 과실, ④침해행위의 위법성(위법성조각사유의 부존재)이다.

인터넷 공간에서 불법한 표현행위가 이루어진 경우에 그 정보의 제공자가 책임을 지는 데에는 아무런 의문이 없다. 문제는 그 정보를 매개·전파한 자의 지위이다.

온라인서비스 제공자라 하더라도 기사 제공자(contents provider)로부터 받은 정보를 단순히 중개만 하는 경우도 있고, 더 나아가 그 정보를 편집하는

경우도 있으며, 스스로 취재하는 경우도 있으므로 일률적으로 이들의 지위를 논할 수는 없다. 이에 관하여는, 온라인서비스 제공자는 배포자(distributor) 또는 단순 운송자(common carrier)¹⁰⁾의 지위에 있으므로 책임이 없다는 견해도 있으나, 기술적으로 그 정보를 통제·관리할 수 있으며, 신문이나 방송이 통신사나 독자 등에게서 제공받은 기사를 보도한 경우에도 면책되지 않으므로 이들 역시 면책되지 않는다는 반론도 힘을 얻고 있다.

(2) 온라인서비스 제공자가 타인이 작성한 불법정보를 매개하여 게시한 경우 그 자체로써 곧바로 불법행위책임을 지는가? 서비스 제공자가 포털의 뉴스서비스와 같이 자신의 취사, 선택을 거쳐 정보를 게시한 경우에는 편집권 또는 이에 유사한 권능을 행사하고 그 과정에서 당해 정보가 타인의 법익을 침해한다는 사실을 인식하거나 인식할 수 있게 되므로, 통상 교양인의 입장에서 그러한 판단이 가능하였다면 고의, 과실이 있게 되어 불법행위가 성립하게 될 것이다.¹¹⁾ 그러나 카페, 블로그, 대화방, 게시판 등과 같이 서비스 제공자가 타인에게 게시공간을 제공하고, 서비스 제공자는 단순히 기술적 매개 역할만을 한 때는 특별한 사정이 없는 한 서비스 제공자는 그 내용을 알 수 없으므로 책임을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

온라인서비스 제공자가 타인으로 하여금 정보를

10) 이들에 대해서는 현실적으로 그 표현행위를 알았다는 등의 사정이 없는 한 불법행위의 성립요소인 고의, 과실을 부정하는 것이 통설이다.

11) 네이버가 노컷뉴스로부터 뉴스정보를 제공받아 제목을 축약하는 변형만을 한 후 자신의 뉴스서비스 사이트에 게시한 사안에서 서울고등법원은, 네이버의 위 행위가 취재, 편집, 배포의 면에서 일반 언론과 유사한 기능을 하고 있어 이를 언론매체로 볼 수 있다며 명예훼손에 따른 손해배상책임을 진다고 판시하였다(2008. 1. 16. 선고 2006나92006 판결, 상고 없이 확정됨). 그러나 이러한 경우 자신의 필요와 판단에 따라 정보를 제공받아 게시한 것이어서 그에 따른 행위책임을 지는 것이 당연하므로(단, 뒤에서 보는 위법성조각사유가 있는 경우는 제외) 굳이 언론매체의 기능을 하고 있는지 여부를 따질 필요는 없다고 할 것이다.

게시하도록 기술적 서비스를 제공함에 있어 그 정보의 내용을 사전에 심사하여 불법한 정보의 게시를 거부하지 않은 것이 과실에 해당한다고 할 수는 없다고 할 것이다. 그렇게 되면 서비스 제공자에게 지나친 책임을 부과하게 되고 인터넷상의 신속하고 자유로운 정보 유통을 저해할 것이기 때문이다.¹²⁾

따라서 타인이 게시하는 정보에 대하여 서비스 제공자에게 사전심사의무를 부과하는 것도 부정하여야 할 것이다. 이를 긍정할 경우 정보 유통비용이 증가하고 통신과 유통이 지연, 감소되며, 서비스의 질이 저하되어 인터넷이 갖는 긍정적 순기능이 대폭 제약될 것이 분명하기 때문이다.

(3) 다음으로 온라인서비스 제공자는 타인이 게시한 불법정보를 사후적으로 심사하여 삭제할 의무를 지고 이를 게을리 한 경우 손해배상책임을 지는가?

미국의 경우 Zeran 사건에서 법원은 통신품위법 제230조의 규정을 넓게 해석하여, 피해자의 삭제요구를 받고서도 악의적으로 이에 응하지 않은 것이 아닌 이상 책임이 없다고 판시하여 서비스 제공자를 두텁게 보호하였다. 또한 독일의 정보통신서비스법(Information und Kommunikationsdienste Gesetz)은, 온라인서비스 제공자는 자신이 전달하거나 자신의 사이트에 저장되어 있는 정보를 감시하거나 위법한 행위가 있는지 여부를 조사할 책임이 없다고 규정하여(제8조 제2항) 서비스 제공자의 심

사의무를 배제하고 있다.

그런 법규가 없는 우리의 경우 기본적으로는, 온라인서비스 제공자가 이를 자신의 업무로서 취급하고 그를 통하여 영리를 얻고 있으며, 당해 불법정보에 대한 게시의 계속 또는 중지, 삭제 등을 결정할 수 있는 등으로 이를 지배하고 있는 이상 위험지배자의 위험배제의무 이론에 따라 이를 긍정하여야 할 것이다. 다만 구체적인 경우에 있어서는, 그 같은 조치가 기술적으로 가능하여야 하며, 서비스 제공자의 재정상태, 종사자의 수, 유통되는 정보의 양과 질, 정보 제공자의 지위와 신뢰도, 서비스 제공자의 영리 목적 유무 등 경제적인 면도 고려하여 합리적인 범위 내에서 이를 요구하여야 할 것이다.¹³⁾

(4) 마지막으로, 포털이 통신이나 다른 언론사로부터 뉴스정보를 제공받아 이를 원형 그대로 또는 의미에 변경을 가하지 않는 범위에서 변형한 후 게시한 때의 책임은 어떠한가? 이 문제는 그 후 원기사 내용이 진실이 아닌 것으로 밝혀진 경우에 주로 발생하나, 온라인서비스 제공자도 형법 제310조와 같은 위법성조각사유를 원용할 수 있는지, 이때 언론사의 정보를 믿고 전제한 데에 '진실이라고 믿은 데에 상당한 이유'가 있는지와도 연관되어 있다.

우선, 포털 등 인터넷 공간에서의 표현행위를 한 자도 당연히 헌법상의 언론의 자유를 향유한다고 할 것이므로, 게시한 정보의 내용이 진실하고 공공

12) 앞서 미국의 Zeran 사건은 온라인서비스 제공자가 사전에 게시내용을 알았거나 알 수 있었던 사안인데, 법원은 서비스 제공자가 사전에 내용심사를 한 경우 publisher로 취급되어 그에 따른 책임을 지게 되므로, 통신품위법 규정은 서비스 제공자에게 이 같은 부담을 제거하여 정보 유통을 활성화하려는 목적을 갖고 있다며 책임을 부정하였다.

13) 온라인서비스 제공자에게 게시물에 대한 일반적이고 상시적인 감시의무를 부과하는 것을 법률에 명문화하려는 움직임이 있으나, 이러한 기준을 벗어나서는 안 될 것이다.

의 이익에 합치될 경우 그 위법성 조각을 인정하여야 할 것이다.

온라인서비스 제공자가 언론사 등 타인으로부터 정보를 제공받아 게시하였다더라도 그것만으로 당연히 책임이 면제되지는 아니한다. 그런데 대부분의 포털 등은 독자적인 취재인력을 갖추지는 않고, 언론사 등으로부터 제공받은 기사를 전적으로 신뢰한 채 단순히 제목을 새로 달거나 약간의 변형을 가하는 외에 그 배치공간을 정하는 등의 조치만을 취한 후 이를 그대로 게시하고, 필요한 경우 해당 언론사의 사이트로 링크할 수 있도록 조치하고 있는 것이 현실이다.

관건은 기사를 언론사가 제공하였다는 것만으로 진실이라고 믿은 데에 상당한 이유가 있는 것으로 볼 수 있을 것인지 여부다. 이에 대하여 미국에서는 신문·방송사가 통신사 등으로부터 제공받은 뉴스를 그대로 보도한 경우, ①그것이 신뢰할 만한 뉴스 수집기관으로부터 받았고, ②그 뉴스가 허위인지 몰랐으며, ③그 뉴스 자체의 문면상 그것이 부정확한 것일지도 모른다고 의심할 만한 사항이 없고, ④제공받은 내용에 실질적인 변경을 가하지 않고 그대로 보도한 때에는 명예훼손책임을 지지 않는다는 이른바 ‘통신사 제공 기사의 항변(wire service defence)’이 널리 인정되고 있다.¹⁴⁾

그러나 언론사로부터 제공받은 기사를 그대로 전제하고 있는(언론사와의 계약이나 약관에 의하여 기사의 수정·편집권을 언론사에게 유보하고 있는 것이 현실이다) 온라인서비스 제공자에게 그 기사 내용을 그대로 믿어서는 아니 되고 따로 조사·확인을 하도록 요구하는 것은, 온라인서비스 제공자

의 현실적 조건 및 인터넷 공간에서의 표현활동이 갖는 기술적 특성과 그를 통한 자유로운 여론의 형성·전파 기능을 외면하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

(5) 한편, 당해 기사가 소재한 언론사 웹사이트를 소개하고 그 사이트로 링크되도록 조치한 경우에 관하여는 서울중앙지방법원 2004가합61216 판결이 참고가 된다. 이 사건에서 법원은, 원문기사 등을 그대로 전재하거나 그 기사가 원래 게재된 웹사이트로 링크시켜 놓은 행위는 일응 이미 일반 대중에게 공표된 정보를 그대로 인용(전재)한 것이거나 그 정보가 소재한 웹사이트의 주소를 선전 또는 소개한 것에 불과하므로, 원문기사 등이 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다고 하더라도 곧바로 인터넷의 게시물도 타인의 명예를 훼손한다고 단정하기는 어렵고, 다만 위와 같은 전재 또는 링크 행위가 전체적으로 보아 원문기사 등을 단순히 인용 내지 소개한 것에 그친 것이 아니라 이를 실질적으로 이용·지배함으로써 원문기사 등과 동일한 내용의 사실을 적시한 것과 다름없는 것으로 평가되는 경우와 그 원문기사 내용이 허위임을 명백히 인식한 경우에만 원문 작성자와 동일한 내용의 불법행위책임을 진다고 봄이 상당하다는 취지로 판시하였다.

나. 정정청구

현행법상 인터넷상의 허위사실 정보에 의해 피해를 입은 경우에 그 정정을 청구할 수 있는 것은 그것이 언론중재법상의 ‘인터넷신문’에 의한 때는 동

14) 앞서 본 미국의 통신품위법에 의하면 이러한 경우 온라인서비스 제공자는 당연히 면책된다.

법에 의해, 기타의 경우에는 민법(제764조)과 공직선거법(제8조의2 제5, 6항, 제8조의3 제3, 6항, 제8조의6 제1, 2항)에 의해 가능하다.

앞서 언급한 바와 같이 언론중재법의 적용 대상을 확대하면 인터넷 언론 중 상당부분에 대하여 동법에 의한 정정보도청구권을 행사할 수 있게 될 것이다. 현행 정보통신망법은 정정청구권을 인정하지 않고 반박내용의 게재, 취급의 거부·정지·제한, 삭제 또는 접속차단, 이용자에 대한 이용정지나 이용제한만을 규정하고 있어(제44조의2, 제44조의7) 권리구제에 미흡하다. 반론이나 반박은 피해자의 명의로 게재하는 것이어서 이것만으로는 완전한 피해구제에 부족하므로¹⁵⁾ 정보통신망법을 개정하여 정정청구권을 허용하여야 할 필요가 있다.

이와 관련하여 문제되는 것은 정정문의 게재 의무자이다. 당해 정보의 게시자가 서비스 제공자인 때에는 그가 의무자가 되는 것이 당연하고 아무런 문제가 없다. 문제는 양자가 다른 경우이다. 이 경우에 게시자를 상대로 정정을 요구할 경우 그는 매개체인 정보통신망을 소유, 관리하지 못하는 자이므로 필경 다른 언론매체의 광고란을 이용할 수밖에 없을 것이어서 그 실현성이 낮은바, 이런 경우에도 굳이 정정을 원하는 피해자는 민법에 의해 이를 청구하면 될 것이다.¹⁶⁾

다음에 서비스 제공자는 자신이 작성 또는 게시

하지 않은 정보에 대하여도 정정의무를 지는가? 현행법은 이에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 일반적으로 통신이나 다른 언론사, 기타 타인으로부터 제공받았거나 독자투고의 형식으로 보도된 경우에도 그 의무가 인정되고 있고, 이는 위험야기자의 책임 원리, 인격권의 준물권적 절대성¹⁷⁾ 등에 비추어 타당하므로 서비스 제공자에 대하여도 그대로 적용되어야 할 것이다.

그런데 이 경우에 서비스 제공자가 그 작성자의 동의 없이 독자적으로 정정하는 것을 꺼리는 것이 현실이며,¹⁸⁾ 작성자, 게시자의 동의 없이 정정하는 경우 작성자나 게시자의 저작인격권 또는 표현의 자유에 대한 침해 여부도 문제가 된다. 전자의 문제는 원문을 변형하는 것이 아니므로 특별한 사정이 없는 한 문제가 없으나, 정정을 용이하게 하고 양자 모두를 상대로 한 정정청구를 일괄하여 처리하기 위해서는 특별한 수단을 강구할 필요가 있다. 그러기 위해서는 구체절차에서 양자를 동시에 참여시켜 하나의 절차에서 분쟁을 해결하여야 한다. 그러나 그 방안으로서 양자를 필수적 공동소송인으로 하는 것은 적절하지 못하다. 원래 이들 양자가 공동 피고가 될 경우 이들의 관계는 통상공동소송인의 지위에 있고, 그 1인의 소송행위 또는 그 1인에 대한 소송행위 등은 다른 공동소송인에게 아무런 영향을 미치지 않게 되는데(민사소송법 제66조),

15) 헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2005헌마165 등 결정 참조. 민법 제764조에 의해서도 가능할 것이나, 이는 불법행위책임의 성립을 전제로 하므로 언론중재법의 그것과 달리 인정되는 범위가 좁다. 온라인서비스 제공자에 대하여는 불법행위책임이 성립할 여지가 매우 좁으므로 더욱 그러하다.

16) 공직선거법이, 문제된 보도 후의 정기간행물이 선거일 이후에 발행되는 경우 그 반론보도문을 다른 일간신문에 게재하도록 하고 있는 것도 참고가 된다(제8조의4 제2항).

17) 소유권의 방해자에 대한 방해제거청구권을 규정한 민법 제214조와 관련하여 법원은, 그 방해를 직접 야기한 자는 물론 그 같은 방해상황을 지배하고 있는 자도 그 의무자가 된다고 하고 있다(대법원 1966. 1. 31. 선고 65다218 판결).

18) 이는 언론중재법상의 정정보도·반론보도 청구권 행사에 있어서도 현저하다.

법률로써 이들의 관계를 필수적 공동소송인관계에 있는 것으로 취급할 경우 양자의 실제적 법률관계에도 반하고, 반드시 양자를 공동으로 하여야만 소를 제기할 수 있는 등으로 피해자의 권리행사에도 제약을 가하기 때문이다. 또, 다른 일방에 대하여 추가로 제소 등 구제절차를 취하게 하고 이를 하나의 절차에 병합하는 방안도 제척기간의 도과나 심리의 지연 등으로 인해 문제가 많으며, 일방에 대한 조정이나 판결의 효력을 다른 일방에 미치게 하는 것은 다른 일방의 절차적 권리를 박탈하고 기판력제도의 본질에 어긋나 채용하기 어렵다. 따라서 소송 중의 당사자추가제도를 도입하는 것이 바람직하다. 즉, 양자 중 일방만이 구제절차의 피고가 된 경우 피해자는 사실심 변론종결 전까지 누락된 다른 일방을 피고로 추가할 수 있도록 하는 것이 가장 손쉬운 방법이다. 그런데 민사소송법 제68조나 제70조는 양자가 필수적 공동소송관계에 있거나 법률상 양립할 수 없는 관계에 있어야만 적용 가능하므로, 언론중재법과 정보통신망법에 특별규정을 신설하여 소송절차와 언론중재위원회의 조정·중재절차 및 정보통신망법상의 분쟁조정절차에 이를 적용하도록 하여야 할 것이다.

다. 반론청구

인터넷 공간상의 표현행위는 쌍방향성과 개방성을 특징으로 하므로 원래부터 반론이 허용되고 자유로운 것이지만, 그 반론에 있어 온라인서비스 제공자

의 조치가 필요한 경우 서비스 제공자는 민법 제764조에 불구하고 원칙적으로 이를 수용할 것이 필요하다.¹⁹⁾ 이에 따라 정보통신망법도 피해자의 반박내용 게재요구가 있을 경우 지체 없이 이에 응하고 이를 피해자와 정보 게재자에게 통지하도록 하고 있다(제44조의2).

반론권 행사에 있어서는 약간의 문제가 있다. 첫째는, 피해자 스스로 이미 반론적인 내용을 충분히 게시한 경우에도 이를 행사할 수 있는가이다. 이는 정당한 이유가 없으므로 부정되어야 할 것이다. 언론중재법에서는 이 같은 청구는 정당한 이익이 없는 것으로 해석되고 있다(제16조 제3항, 제15조 제4항 제1호). 둘째는, 이미 문제된 기사가 삭제된 경우이다. 삭제된 후라면 이에 대한 반론의 필요가 약하다고 할 것이나 아주 없다고는 할 수 없으므로, 피해자가 이를 원하고 그 필요성이 있는 때에는 이를 허용하여야 할 것이다.

서비스 제공자나 게시판 관리·운영자와 정보의 게시·제공자가 다른 경우의 문제는 정정청구의 그것과 같은 차원에서 해결하면 될 것이다.

라. 기사의 삭제

(1) 영구삭제

인터넷 공간에서 문제된 기사를 삭제하는 것은 유효적절한 피해구제 수단이다. 이에 따라 정보통신망법은 피해자에게 정보통신서비스제공자에 대한 삭제요구권을 부여하는(제44조의2 제1, 2항) 외에,

19) 이른바 대항언론(more speech) 이론에서는 인터넷 공간상의 침해자와 피침해자의 접근 동등성에 주목하여, 피침해자는 원칙적으로 침해자에 대한 반론으로써 그 피해구제가 이루어진 것으로 보고, 그것이 불가능하거나 그것만으로 피해구제가 현저히 불완전한 경우에 한하여 예외적으로 손해배상책임을 인정하자고 한다.

방송통신심의위원회에게 직접 심의를 거쳐 직권으로 삭제를 요구할 수 있도록 하고 있으며(제44조의 7, 방송통신위원회설치법 제21조, 동법시행령 제8조), 공직선거법도 유사한 규정을 두고 있다(제82조의4). 민법 제764조도 그 근거규정이 될 수 있다. 또한, 대부분의 포털 등 온라인서비스 제공자는 이용자와의 약관에서 일정한 사유가 있는 경우 삭제할 수 있는 권한을 유보하고 있으므로 서비스 제공자 스스로의 판단에 의해서도 삭제할 수 있다.

이 같은 삭제는 헌법이 보장하는 표현의 자유 등과 배치되는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 우선, 이는 사후심사에 의한 것이고, 정보통신서비스제공자나 방송통신심의위원회를 행정관청으로 보기는 어려우므로 그것이 헌법이 금지하는 검열에 해당하지 않음은 의문이 없다. 그런데 정보 제공자나 게시자의 동의 없이 이를 삭제할 수 있는지는 의문이다. 그 정당한 근거가 없을 경우 이들의 표현의 자유를 침해하는 것이 되고 그에 따른 손해배상책임을 질 수도 있기 때문이다. 이용자와의 사이에 일정한 사유가 있는 경우 삭제할 수 있다는 약관이나 규약이 있을 때는 게시자의 동의 없이 삭제하더라도 무방할 것이다.²⁰⁾ 그 같은 약관 등이 없을 때는 법률이나 조리에 의할 것인데,²¹⁾ 당해 기사가 위와 같이 위법하고 그 삭제를 정당화할 만한 사유가 있으며, 그 삭제에 의해 구제되는 피해자의 법익이, 이를 방치함으로써 얻어지는 게시자의 법

익에 비해 우월한 등의 사정이 있어야만 적법성이 부여될 수 있을 것이다.

미국의 통신품위법은, 음란·외설 정보나 타인을 괴롭히는 등의 정보에의 접근을 제한하기 위해 서비스 제공자가 선의로 접근차단 등의 자발적 조치를 취한 경우 이를 이유로 법적 책임을 부담하지 않는다는 취지로 규정하고 있다(제230조 C). 또 앞서 본 일본의 법률도, 그 정보의 유통으로 인해 타인의 권리가 부당히 침해되고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있거나, 권리의 침해를 받는 자로부터 그 정보의 송신 방지 조치를 요구받고 서비스 제공자가 발신자에게 그 송신 방지 조치에 대한 동의 여부를 조회하여 발신자로부터 7일 내에 부동의한다는 답변이 없는 때는 서비스 제공자가 정보의 송신 방지 조치를 취함으로써 그 송신자에게 손해가 발생하였다라도 그로 인한 손해배상책임을 지지 아니한다고 규정하고 있다(제3조 제2항).

우리의 경우 위 문제와 관련하여서는 당해 기사가 위와 같은 요건에 해당하느냐 여부의 판단이 중요하다. 현행법상 그 판단의 주체는 위에서 본 바와 같이 방송통신심의위원회, 각급 선거관리위원회와 정보통신서비스제공자로 되어 있는데, 이에 관한 게시자 등 정보 제공자의 이의신청권 등이 충분히 보장되어 있지 못하다.²²⁾ 따라서 방송통신위원회 등 외부의 지시, 명령에 의하거나 정보통신서비스제공자의 자체 판단에 의해 삭제하는 경우 모두 게시자

20) 대법원은, 게시된 글이 타인의 명예를 훼손하는 등의 내용일 경우 서비스 제공자(하이텔)가 삭제할 수 있기로 약관에 규정되어 있고, 실제 그 게시된 내용이 이에 해당한다면 서비스 제공자는 약관에 따라 이를 삭제할 수 있고, 그러한 약관은 이용자에게 일방적으로 불리한 것이 아니어서 약관 등의 규제에 관한 법률에 위반되지 않는다고 판시하였다(1998. 2. 13. 선고 97다37210 판결).

21) 앞서 본 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결의 사안은 약관이 없었던 경우이다.

22) 공직선거법 제82의4에서만 선거관리위원회의 삭제요청에 대해 정보통신서비스제공자, 당해 정보의 게시·전송자에게 3일 내에 이의신청을 할 기회를 부여하고 있다.

등에게 사전에 이를 통지하여 그 의견을 듣고, 삭제 처분에 대하여 신속히 이의나 재심을 신청할 기회를 부여하며, 그 최종적인 처분에 대하여는 신속하게 사법심사를 청구할 권리를 주어야 할 것이다.²³⁾

(2) 임시삭제

영구삭제가 안고 있는 위와 같은 문제점을 고려하면 임시삭제도 유효한 피해구제수단이 될 수 있다. 그러나 현행법에는 이에 관한 규정은 없고, 다만 임시적 수단으로서 일시적인 접근차단만이 인정되고 있는바, 영구적 삭제에 준하여 처리하여야 할 것이다. 임시로 삭제된 기사는 피해자의 동의가 있거나 삭제요구 등 원래의 기사에 대한 이의가 철회, 취소된 때, 법원이나 방송통신위원회 등의 궁극적인 처분에 의하여 기사의 정당성이 인정된 경우 지체 없이 이를 회복하여야 할 것이다. 다만, 임시삭제 역시 기사 게시자 등의 법익을 침해할 수 있으므로, 이에 대해서도 사전 의견진술권, 이의신청권 등을 부여하여야 함은 물론이다.

(3) 언론중재위원회의 조치

인터넷 언론 중 일부를 언론중재법의 적용 대상에 흡수할 경우 삭제청구권은 정정보도, 반론보도, 추후보도, 손해배상청구권과 같이 피해자가 행사할 수 있는 권리로서 언론중재법에 명문으로 규정하고, 언론중재위원회의 조정·중재 대상으로 하여야 할 것이다. 기존 언론매체의 보도에 대하여도 삭제가 피해구제수단이 될 수 있지만 인터넷 언론에 그 필요성과 유효성이 더욱 크기 때문이다. 그리고 이를 언론중재법에 도입할 경우 그 근거와 행사요건

등은 민법 제764조에서 구할 수도 있으나, 이는 불법행위책임을 전제로 하고 있어 서비스 제공자 등에게 고의, 과실이나 위법성이 없을 경우에는 구제를 받을 수 없고, 또 민법에 의할 경우 그 권리행사 기간이 너무 길어서 서비스 제공자에게 큰 부담이 되므로, 언론중재법상의 정정보도·반론보도 청구권과 동일하게 고의, 과실이나 위법성이 없는 경우에도 이를 허용하고, 그 권리행사 기간을 단기간으로 하여야 한다.

이 경우 언론중재위원회가 분쟁의 조정이나 중재절차가 종료되기 전에 문제된 기사의 임시삭제나 아래와 같은 접근차단, 게시중지 등 임시적인 조치를 명할 수 있을 것인가? 그 필요성에는 공감하나, 언론중재위원회가 준사법적 분쟁조정기관의 지위에 있는 점과 그에 대한 불복수단이나 절차가 마땅하지 않은 사정을 고려하면 상대방의 동의가 없는 강제적 조치는 쉽게 도입하기 어렵다고 하겠다. 따라서 피해자는 필요한 경우 법원에 가처분으로써 이를 구함이 타당하며, 언론중재법 제6조의 적용 대상에 위 '인터넷언론사'를 포함시켜 고충처리인을 두게 하고 임시삭제 조치 등의 권고도 그의 직무범위로 하는 것이 바람직하다.

마. 접근차단, 취급의 거부·정지·제한, 이용정지, 이용해지

정보통신망법(제44조의2, 제44조의7), 공직선거법(제82조의4), 방송통신위원회설치법(제21조, 동법시행령 제8조)은 문제된 인터넷 정보에 대한 취급의 거부·정지·²⁴⁾ 제한, 접근차단과 함께 그 게시자,

23) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마840 결정 참조.

24) 취급정지는 게시의 중지로서 실질상 임시삭제에 해당할 것이다.

전송자에 대한 이용정지, 이용해지를 인정하고 있는바, 이 역시 피해구제수단이 될 수 있다.

이에 관하여도 그 같은 조치의 정당한 근거의 유무가 문제되는데, 정보통신서비스제공자가 조치를 취한 경우에는 약관에 의할 것이므로 별 문제가 없다. 위 법령 등에 근거하여 방송통신위원회나 선거관리위원회가 정보통신서비스제공자에게 이러한 조치를 명령, 요구할 경우에는 앞서 본 바와 같이 피해자와 게시자 등의 법익 형량, 필요성, 다른 대체수단의 유무 등을 종합적으로 고려하여 그것이 불가피한 경우에만 헌법적 정당성을 인정할 수 있을 것이다. 법원에 가처분으로써도 이를 구하는 것이 가능함은 물론이다. 또한 이러한 조치 역시 게시자 등에게 미치는 영향이 크므로 이에 관하여 게시자 등의 정당한 권리 역시 보장되어야 하는 만큼 의견진술권, 이의신청권, 사법심사청구권을 보장하여야 할 것인바, 위 법령의 규정들은 매우 미흡한 실정이므로 이를 정비할 필요가 있다.

4. 구제기관, 구제절차

언론중재법의 제정, 시행으로 종래 언론보도로 인한 피해구제에 관하여 여러 법령에 분산되어 있던 구제절차가 언론중재위원회와 법원에 의한 조정, 중재, 소송절차로 일원화되었으나, 인터넷 언론은 그 대부분이 이에 포섭되지 못하고 방송통신심의위원회 및 선거관리위원회의 심의와 분쟁조정에 맡겨져 있는 실정이다. 인터넷 언론 중 일부를 언론중재법의 적용 대상으로 흡수할 경우에도 이 같은 현상은 불가피할 것이나, 위와 같이 '보도' 활동을 주로 하지 않는 인터넷 언론의 경우에는 현재와 같이 방송통신심의위원회 등의 관장에 두는 것

이 좋다고 할 것이다. 언론중재위원회에 의한 조정·중재절차는 소송과 같은 대심적 구조를 통하여 심도 있는 심리와 분쟁해결을 도모하므로, 그 절차나 비용, 심리의 부담 등에 있어 보다 신속·간이한 분쟁해결이 필요한 경우까지 이를 통하게 할 필요가 없기 때문이다.

5. 부수적 장치

가. 자료의 보존, 유지

인터넷 정보의 특성상 문제된 정보의 삭제, 편집, 게재 등이 용이하므로 분쟁해결을 위해서는 그 원래의 상태를 보존, 유지할 필요성이 크다. 방송법은 방송사업자로 하여금 방송내용을 일지에 기록, 비치하고 그 실시결과를 1월 이내에 방송통신위원회에 제출하도록 하고, 방송된 프로그램의 원본 또는 사본을 6월간 보존하도록 하고 있다(제83조). 또 언론중재법은 정정이나 반론의 대상인 보도내용이 방송이나 인터넷신문의 보도과정에서 성립한 경우에 있어서는 당해 언론사가 그러한 사실이 없었음을 입증하지 못하는 한 그 사실의 존재를 부인하지 못한다고 하고 있다(제15조 제2항, 제16, 17조 제3항).

인터넷 정보의 다양성과 그 막대한 생산·유통량 등을 감안할 때 그 보존·유지 기간은 1월 이하의 최소한에 그치도록 하여야 할 것이다. 결국 많은 경우 피해자는 그 입증을 위해 해당 기사를 인쇄해 놓을 수밖에 없을 것이며, 이 경우 정보통신망법에 언론중재법의 위 규정과 같은 규정을 두는 것이 좋을 것이다.

나. 본인확인조치(실명제)

(1) 정보통신망법(제44조의5)과 공직선거법(제82조의6)은 익명의 정보 게시에 의한 피해 예방 및 사후 제재를 위한 목적에서, 인터넷 게시판이나 대화방에 정보를 게시할 경우 일정한 방법으로 본인 확인 또는 실명인증을 받도록 하고 있다. 인터넷 공간상의 명예훼손이나 모욕 등의 권리침해가 그 대부분 익명의 기사에 의한 것이므로 실명제가 그 대안이라고 지적되고 있다.

공직선거법은 적용 대상에 제한이 없으나, 정보통신망법의 경우 서비스 유형별로 1일 평균 이용자 수가 20만 명 또는 30만 명 이상인 게시판 등에만 적용된다. 이에 따라 최근 그 적용 대상 사이트를 10만 명 이상으로 확대하여야 한다는 목소리가 높다.²⁵⁾

(2) 위와 같이 이미 실명법에서 실명제를 실시하고 있지만,²⁶⁾ 과연 이것이 헌법상 표현의 자유와 인간의 존엄성 및 행복추구권, 일반적 행동의 자유, 형사상 불리한 진술의 강요금지, 평등권, 프라이버시권 등 다른 기본권을 침해하는 것은 아닌지 의문이다.

표현행위에 관하여 자신의 신분이나 인적사항을 밝히거나 밝히지 않는 것 역시 표현의 자유(권리)에 포함될 수 있고,²⁷⁾ 그 정보가 명예훼손 등 범죄행위를 구성할 경우 게시자의 신분을 밝히도록 법으로써 강제하면 헌법 제12조 제2항에 반하여 형사상 불리한 진술을 강요하는 것이 될 뿐만 아니라,²⁸⁾ 이로써 표현활동이 사전에 금지, 위축되는 결과를 초래할 것은 분명하다. 특히 이는 국가권력이

25) 현재는 전체 인터넷 이용자의 약 51%, 약 38개 사이트가 그 적용 대상이 되고 있는데, 이 같이 적용 대상을 확대할 경우 그 사이트는 250여 개로 늘어나라 한다(대한변협신문 2008. 10. 13.자 1면 참조).

26) 공직선거법상의 실명제는 2005. 8. 4.부터, 정보통신망법의 그것은 2007. 7. 27.부터 시행되고 있다.

27) 미국 연방대법원은 예술작품의 창조자가 누구인지에 대한 독자의 호기심과 이익에 불구하고 저자는 자신의 신원을 밝힐지 여부를 자유롭게 결정할 수 있고, 경제적 혹은 직무상의 보복에 대한 두려움, 사회로부터의 추방에 대한 염려, 또는 단순히 프라이버시를 지키려는 등 그 동기가 어떠하든지 간에 익명의 작품을 사상의 자유시장에 들어오도록 허용함으로써 얻어지는 이익은, 의심할 바 없이 그 전제조건으로서 신원공개를 요구하는 이익보다 훨씬 크며, 따라서 익명을 취하기로 한 저자의 결정은 그 출판물의 내용을 삭제, 추가하는 것과 마찬가지로 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 언론의 자유에 속한다며, 성명, 주소 등을 밝히지 않은 채 후보자의 당락을 유인하거나 금전을 출연케 하는 내용의 신문, 잡지, 전단, 삐라 등을 작성하거나 배포하는 등의 행위를 금지하고 처벌하는 오하이오주 법을 위헌이라고 판시하였다(Joseph McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334, 115 S. Ct. 1511(1995) 참조). McIntyre는 교육세 부과를 반대하며 그에 관한 주민투표에서 반대투표할 것을 주장하는 전단지를 익명으로 작성, 배포했다가 오하이오주 법원에서 벌금형을 선고받았었다. 이 같은 연방대법원의 견해는 이미 1960년의 Talley v. California 사건에서도 표명된 바 있다(362 U.S. 60 참조).

28) 헌법 제12조 제2항에서의 '진술의 강요'는 수사기관 등에 의한 사실상(물리적) 강요는 물론 법령에 의한 강요 역시 허용되지 아니하며(헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정), '진술'은 구두진술에 의한 언어적 표현은 물론 문자나 그림, 기호 등에 의한 진술서의 작성, 신체동작이나 표정에 의한 표현도 포함한다는 것이 통설이다. 또 '형사상 불리한 내용'은 유죄판결의 기초로 되는 사실은 물론 양형상 불리한 사실이나 범인 추적의 단서가 되는 등의 간접사실도 이에 속하므로 그 신원을 고지하는 것도 이에 포함된다(헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정, 1997. 7. 16. 선고 95헌바2, 97헌바27 결정 등 참조).

실명제를 채택한 정보통신망법 등에 의하면 인터넷 공간에 게시자의 성명, 주소 등 그 신원을 직접 밝히는 것이 아니라 전자금융 거래 등에서와 같은 본인인증만을 하도록 되어 있는바, 이는 그 게시자에게는 자신의 신원이 사후적으로 사법당국에 의해 밝혀져 처벌을 받게 된다는 위협을 가하여 표현행위를 억제하는 작용을 하게 된다. 또한, 정보통신망법에는 실명인증자료의 처리에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나(그러나 전기통신사업법 제54조에 의하여 법원, 검사, 수사기관의 장, 정보수사기관의 장의 요청에 의해 이들 정보를 제공할 수 있을 것이다), 공직선거법은 중앙선거관리위원회의 요구에 따라 이를 제공하도록 규정하고 있는바(동법 제82조의6 제3항 참조), 이들 자료가 수사와 재판 외에 여러 형태의 제재나 불이익을 가하는 데에 사용될 우려도 있다.

나 권력자, 사회기득권층에 불리한 정보의 출현을 억제하여, 인터넷이 가진 여론의 형성·전파 기능과 자유민주사회의 유지를 위한 비판과 견제·감시 작용을 크게 저해할 것이며,²⁹⁾ 에이즈환자, 성전환자나 동성애자 같은 성적 소수자, 성폭력 등 범죄 피해자, 내부고발자 등과 같이 신분을 밝혀서는 자유롭게 그 의사표현을 할 수 없는 사회적 약자계층의 목소리를 사회로부터 퇴장시킬 가능성이 매우 높다. 이는 실질적으로 사전적 내용규제로 이어지게 되어 언론의 자유에 대한 본질적 침해가 될 수 있다.

(3) 실명제를 찬성하는 가장 큰 논거로는, 인터넷 공간에서는 신분을 노출하지 않은 채 익명에 의한 정보 게시가 가능함으로써, 사람들이 무책임하게 명예훼손적이거나 모욕적인 언사나 욕설 등 품위 없는 표현행위로 유인된다는 것이다. 그러나 사실 인터넷 공간에서 이 같은 불법적이고 부적절한 표현행위가 오프라인에 비해 쉽게 이루어지는 이유는, 자신의 신분이 노출되지 않는다는 때문이라기 보다는 인터넷 공간에서는 자신과 상대방이 얼굴을 마주치지 않는다는 비대면성(非對面性) 때문이라고 할 수 있다. 현재도 일부 실명제가 실시되고 있지만 이 같은 불량정보 유통이 오히려 증가세에 있는 사실이 이를 증명한다.

그리고 보면 실명제가 불량정보 유통을 감소시키는 기능은 그러한 정보의 게시자가 형사처벌 등의 제재를 우려하여 이를 자제함으로써 발현되게 된

다. 언뜻 생각하면 이는 매우 실용적인 수단이라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 위와 같이 실명제 실시 후 별다른 성과를 보고 있지 못함을 감안하면 이 역시 크게 기대할 것이 못 된다. 따라서 인터넷 실명제는 결국 불법정보를 게시한 자를 자신의 진술(법률에 의한 신분 확인의 진술)에 의해 적발, 체포해 처벌하는 역할만을 하게 될 것이다. 그러나 이 제도가 범인 처벌을 위한 도구로서는 시인되기 어렵다. 위와 같이 헌법 제12조 제2항이 있고, 범인의 체포와 수사는 수사당국이 자신의 권능과 책임으로 수행하여야지 범인 자신의 강제적인 진술이나 자수·자복에 의할 수는 없기 때문이다.

물론 인터넷 기술의 한계상 IP주소의 추적만으로는 불법정보 게시자를 완전하게 발견, 확정해 낼 수 없다는 현실적인 문제가 있음은 사실이다. 하지만 다른 범죄에 있어서도 범인의 완전한 추적, 확인은 현실적으로 불가능한 것이고, IP주소의 추적 등에 의해서는 범인 체포의 목적을 완전하게 달성할 수 없다는 것만으로 헌법상의 기본권인 표현의 자유 및 형사상 불리한 진술을 강요당하지 아니할 자유를 침해할 수는 없다.

또한 그것이 범죄의 예방과 피해발생의 방지를 위한 목적에서 필요한 것이라도, 이를 허용할 경우 자칫 표현의 자유를 본질적으로 제약하고 불리한 진술을 강요하는 등의 부작용이 있으므로, 기술적으로 실명제에 의하지 않고서는 이 같은 범죄예방 및 피해방지가 불가능하거나 현저히 곤란한 사정

29) 민주당 장세환 의원에 따르면, 문화체육관광부가 2008. 5.부터 하루 두 차례씩 정부 정책에 대한 비판적인 댓글들을 모니터링해 청와대 외에 대검과 경찰청 및 42개 부처에 전달하였다고 하는바(중앙일보 2008. 10. 6.자 5면 참조), 이 같은 인터넷 언론에 대한 감시활동은 그 표현행위에 큰 영향을 미치게 될 것이다.

이 있고, 그로써 달성하려는 법익이 그에 의해 침해되는 법익보다 현저히 우월하여야만 헌법 제37조 제2항에 의해 정당성을 인정받을 수 있을 것이다.

그런데 기술적으로 실명제에 의하지 않고서도 인터넷정보 유통에 의한 법익침해를 예방할 수가 있다. 정보통신서비스제공자나 게시판 관리자 등이 편집통제권을 행사할 수 있는 경우에는 사적자치 규범인 약관에 의하여 사전심사를 통해 그 취급을 거부함으로써 정보의 게시를 막는 것이 가능한 것이다. 또한 사전심사가 불가능하여 침해적 정보가 게시되는 경우라도, 서비스 제공자 또는 피해자의 사후검색을 통해 일찍 이를 발견하여 즉시 구제조치를 취한다면 그 피해를 최소한으로 줄일 수 있으며, 이로부터 불가피하게 발생하는 피해자의 법익 침해보다 표현활동이 제약되지 않음으로써 얻어지는 법익이 훨씬 커서 사회전체의 이익에도 부합한다고 할 것이다. 실제로 이미 많은 사이트가 자율적으로 이와 같은 모니터링과 필터링 활동을 하고 있다.

게다가 실명제를 채용하더라도 타인의 신원을 도용하는 등의 탈법적인 방법에 의한 도피를 완전히 막을 수도 없으므로, 불법정보의 유통 방지 대안으로서 그 실효성을 백퍼센트 장담할 수 없으며, 이제까지 시행된 실명제에 의해 법익침해 등이 유의미한 수준으로 감소되었다는 실증적인 결과도 드러나지 않고 있다. 따라서 이를 강제할 경우 결국 과잉금지에 해당하여 헌법 제37조 제2항에도 위배된

다.

익명기사의 상당부분이 원기사에 대한 댓글달기, 이른바 악플에 의한 것이다. 따라서 원기사 내용이 공익에 관계되는 사항이 아닌 때는 서비스 제공자들이 댓글 달기를 금지함으로써 법익침해를 크게 줄일 수 있는 만큼, 이러한 방향으로 인터넷 문화를 개선·발전시켜나가는 것이 오히려 필요하고도 실효성 있는 대안이 될 수 있을 것이며,³⁰⁾ 실명제가 필요한 경우에도 이를 정보통신서비스제공자나 게시판 관리자 등의 자율적인 선택과 판단에 맡겨야 한다.³¹⁾

다. 형사적 제재

(1) 사이버모욕죄의 신설 여부

정보통신망법은 정보통신망을 이용한 명예훼손에 대하여는 형법과 별도로 처벌규정을 두고 있고 그 법정형도 더 무겁게 하고 있으며, 형법상의 그것과 같이 반의사불벌죄로 하고 있다(제70조). 반면에 인터넷상의 모욕행위에 대하여는 따로 처벌규정을 두지 않고 있으므로 이에 대하여는 형법(제311조)이 적용되어 1년 이하의 징역·금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처해지며, 친고죄로서 피해자의 고소가 있어야 수사와 공소제기가 가능하다. 이에 따라 인터넷상의 모욕행위, 즉 이른바 사이버모욕행위에 대한 법정형이 너무 낮으므로 이를 무겁게 하고 반의사불벌죄로 하여, 증가일로에 있는 사이버 모욕행위에 대처해야 한다는 사회여론이 비등하고

30) 이러한 방향으로의 인터넷 문화 개선은 사회단체나 방송통신위원회 등이 일정한 기준을 마련하여 정보서비스제공자에게 자발적인 준수를 권고하는 방법 등으로 실현할 수 있을 것이다.

31) 동지 : Al Teich 외, Anonymous Communication Polices for the Internet, The Information Society, Vol. 15, No. 2, 71-72(1999); 성선제, 사이버스페이스의 헌법적 함의, 헌법논총 제14집(2003), 288면.

있다.

인터넷을 이용한 모욕행위는 사실 단순한 구두 모욕행위에 비해 그 파급효과 등이 커서 피해가 중하고 범죄행위의 질도 나쁘므로 이를 더 무겁게 처벌할 만한 충분한 이유가 있다. 다만, 형법이 명예훼손의 경우 신문·잡지·라디오·출판물에 의한 경우와 그 외의 경우를 구별하여 그 형의 크기를 달리하면서도 모욕죄에 대하여는 양자를 동일하게 취급하고 있는 취지를 감안할 때, 사이버모욕죄를 신설하는 경우에도 그 형을 지나치게 무겁게 해서는 안 될 것이다. 또, 단순 명예훼손의 경우 형법 제310조에 의해 그것이 진실하고 공공의 이익에 관한 때는 위법성을 조각하여 처벌하지 않고 있는 점과 인터넷 언론이 현대 민주주의 사회에서 차지하는 여론 형성 및 비판기능을 감안하여, 이 기회에 모욕죄에 대하여도 이 같은 면책규정을 도입하는 것이 바람직하다.³²⁾

한편 사이버모욕죄를 친고죄가 아닌 반의사불벌죄로 하는 것은 입법정책의 문제라고 할 것이어서 큰 문제는 없다고 할 것이다. 그러나 과연 그 많은 사이버모욕행위를 수사당국이 자의적인 선택 없이 공평하게 수사할 수 있을지,³³⁾ 또 굳이 피해자의 적극적인 처벌의사표시가 없는데도 막대한 수사력을 쏟아부어야 할 필요가 있는 것인지는 의문이다.

(2) 처벌법규의 통합 요부

현재 인터넷 공간상의 범죄행위에 대한 처벌규정은 형법과 정보통신망법, 공직선거법, 전기통신기본법, 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법 등에 분산되어 있다. 일부에서는 이들 처벌규정을 ‘인터넷정화법’ 등을 신설하는 형태로 통합하자는 주장을 하기도 한다. 그러나 각각의 법률은 그 범죄의 발생 영역이 다른 데에 따른 것으로서, 굳이 하나로 통합할 필요나 실효성이 있을지 의문스럽다. 다만, 명예훼손이나 모욕죄 등과 같이 형법에 처벌규정이 있는 것은 가급적이면 형법에 흡수·통합하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅲ. 맺는 말

임금님 귀가 특이한 것을 본 사내가 다른 사람들에게는 무서워서 말 못하고 끄끙 앓다가 급기야 바람 부는 대숲에 가서 “임금님 귀는 당나귀 귀!”라고 소리쳤을 만큼 인간은 말을 하고자 하는 본능을 가지고 있다. 따라서 이를 인위적으로 규제하는 것은 가능하면 최소한에 그쳐야 하며, 규제가 필요한 경우에도 관련 법익과 그 실효성, 침해정도가 적은 다른 대안의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 적절하게 대응하여야만 한다.

현대 기술의 총아로 등장한 컴퓨터와 통신기술의 발전은 사회를 정보의 바다로 만들었고, 인터넷 공간은 인간의 표현욕구를 배설하는 대숲으로 자리잡

32) 판례(대법원 1959. 12. 23. 선고 4291형상539 판결)와 다수 학설은 모욕죄에 대하여는 형법 제310조가 적용되지 않는다고 보고 있으므로 이를 법률에 명문화할 필요가 있다.

33) 최진실 씨 자살사건을 즈음하여 정부, 여당과 일부 언론, 사회단체 등의 격양된 비판을 계기로 서울중앙지검은 사이버공간에서의 허위사실 유포와 악플에 대한 철저한 단속에 나서기로 하였고, 이에 따라 경찰도 10월 5일부터 한 달간 전국 지방경찰청의 사이버 수사요원 900여 명을 동원해 전면적인 수사에 돌입하였다고 하는데(법률신문 2008. 10. 9.자 9면 참조), 이 같은 수사활동이 상시적으로 계속되기는 어려울 것이다.

았다. 이로써 자유화, 민주화가 촉진되고 다방면의 발전에 기여하기도 하지만, 불건전하거나 진실되지 못하거나 악의적이며 품위 없는 언사와 정보가 넘쳐나 개인과 사회 전체에 큰 피해를 끼치기도 한다.

근래 잇따른 연예인 자살사건 등을 계기로 인터넷의 부정적 기능과 그늘에 불신과 비난의 화살이 집중되고 있고, 여러 가지로 개선안과 대책이 쏟아지고 있다. 이를 기회로 우리의 인터넷 법제와 문화 전반을 깊이 있고 넓게 점검하고 종합적인 대응

방안을 세우는 것이 급선무라 하겠다. 자칫 우리 사회의 병폐인 넘비여론에 편승하여 한견주의식 실효성 없는 조치를 취하는 것에 그쳐서는 안 된다.

인터넷 공간에서의 자유로운 정보 유통과 표현활동을 최대화하면서도 그로 인한 폐해를 최소화하기 위해서는, 정부와 국회, 법조계, 언론단체 및 관련 학계와 업계 등이 모두 참여하는 등으로, 유럽의 베텔스만 재단(Bertelsmann Foundation)과 같은 조사·연구 기구를 발족시켜 그 대안을 추출하는 것이 무엇보다 필요하다고 생각된다.³⁴⁾ □

34) 인터넷의 부정적 역기능에 중점을 두고 그 개선대책을 높게 주장하는 견해 가운데는, 마치 현재 인터넷언론에 대한 규제수단이 전혀 없이 방치되고 있고, 그로 인해 인터넷 공간은 무책임과 방종 속에서 어떠한 법적 규제도 받지 않은 채 자유와 특권만을 누리고 있으며, 언론중재법이나 신문법의 적용, 실명제의 강화, 사이버모욕죄의 신설 등만 이루어지면 모든 문제가 일거에 해결되는 것처럼 근거 없이 채색된 것들이 다수 있다.