

표현행위와 관련된 인터넷 규제, 새로운 틀을 짜야할 때

변호사 김기중
미디어발전 국민위원회
전체회의 발표자료
2009. 4. 17.

1. 이 글의 논의 범위

인터넷 이용자에 대한 행위규제와 인터넷사업자 규제는 다양하게 존재한다. 정보통신망 침해행위 금지, 영리성 광고 금지 등의 인터넷 이용자 행위를 규제하는 제도와 개인정보보호 관련 규제, 소비자보호 관련 규제, 스팸 규제 등 인터넷사업자를 규제하는 제도 등이 여러 법률에 흩어져 있다.

하지만, 인터넷은 기본적으로 의사표현의 수단이다. 인터넷 규제에 관한 대부분의 논란은 이 지점에서 발생한다. 따라서, 이 글은 위와 같은 다양한 인터넷 규제 제도 중 표현행위와 관련된 규제만을 따로 살펴보고자 한다.

2. 낫설지 않은 현재의 상황

1995년 지방선거 때 ‘천리안’에 개설된 “온라인 선거운동광장” 게시판에 당시 민자당 서울 시장후보를 비방하였다는 혐의로 ‘일반인’이 처음으로 선거법 위반 혐의로 구속되었으며, 정보통신부의 요청을 받은 한국PC통신주식회사는 1995년 6월 ‘하이텔’에 개설되어 있던 한국 전기통신공사노동조합의 전용게시판(CUG)를 폐쇄하였고, 1996년 8월 검찰은 법원의 압수 수색영장을 받아 ‘나우누리’에 개설되어 있던 한국대학총학생회연합의 전용게시판을 폐쇄하였으며, 정보통신부는 1997년 5월 24일부터 31일까지 3대 PC통신망에 문서로 붙은통신단속요청을 하였고, 이에 따라 3대 통신망은 수십건의 게시물을 삭제하고 게시자 ID의 사용을 중지시켰는데, 사용중지된 ID는 ‘나우누리’의 경우 30여개 정도에 달하였다.

최근 조중동광고불매운동에 관한 게시물 삭제를 요구하고, ‘미네르바’를 구속하고 ‘다음 아고라’의 게시물 클릭수 조작을 수사하는 정부와 경찰의 활동은 그때의 정부와 경찰의 활동과 별반 다르지 않다.

전기통신사업법의 개정으로 설립되어 1995년 4월부터 활동을 시작한 정보통신윤리위원회는 “공공의 안녕 질서 또는 미풍 양속을 해하는 내용의 통신”에 대하여 매년 수천건의 정보에 대해 ‘시정 요구’를 하였다. 지금 “건전한 법질서를 현저히 해할 우려가 있는 정보”를 찾아 시정요구를 하고 있는 방송통신심의위원회의 활동은 ‘그때’ 정보통신윤리위원회의 활약상과 그다지 다르지 않아 보인다.

90년대 중반 PC통신이라는 ‘획기적인’ 매체를 이용하여 ‘무지한’ 개인들이 역사상 처음으로 자신의 뜻을 대중들에게 ‘직접’ 전달할 수 있게 되면서부터, 이미 정부는 끊임없이 규제의

칼을 들이대었다. 이른바 ‘주요 포털’의 집중력이 그렇게 크지 않던 2000년에 이미 정부는 “건전한 정보통신질서 확립”이 필요하다고 하며 ‘불법정보’ 규제 제도, 정보통신사업자에 대한 정보의 삭제요청권, 인터넷 내용등급제 등을 내용으로 하는 전기통신사업법과 정보통신망법 개정안을 입법예고하였고, 이에 대해 시민사회는 개정안에 대해 ‘통신질서확립법’이라 이름붙이고 강하게 반발하였으나, 개정안의 기본 골격은 그대로 통과되었고, 이 기본 골격이 현재까지 유지되고 있다.

따라서, 인터넷을 통한 정보의 전파가 다른 매체에 비하여 훨씬 강력하게 된 ‘새로운’ 상황이나 ‘주요 포털’의 집중력에 관한 ‘새로운’ 상황 때문에 ‘새롭고’ ‘보다 강한’ 규제가 필요하다는 주장은 이미 오래된 주장의 반복에 불과할 형식적인 것일 뿐, 전혀 새롭지 않다. 정부의 인터넷 규제는 새로운 상황에 대한 ‘대응’이 아니라, ‘무지한’ 개인들의 입을 막기 위한 오래되고 계획적인 행동의 연장선에 있는 것이며, ‘누구나’ 말할 수 있는 환경에 대한 인내의 부족이라는 내생적 특성의 결과이고, 상징적으로 표현하면, 규제행동에 관한 상습성의 발로이다.

출판검열, 영화검열의 시대에도 ‘검열’의 필요성에 관한 논쟁이 있었을 정도로 표현의 자유를 제한하는 정부 규제에 관한 논쟁은 새로운 것이 없는 전통적인 논쟁이며, 규제론의 핵심은 자유로운 표현으로 인한 사회질서 혼란이다. 1996년 영화검열이 위헌이라는 헌법재판소의 ‘당연한’ 판결(1996.10.4.선고 93헌가13결정)이 선고된 다음날, 주요 언론의 첫 반응은 영화검열이 폐지된 이후 음란물의 범람과 사회기강 문란을 걱정하는 것이었다. 영화 사전심의 위헌판결 이후에도 정부는 사전검열의 끈을 놓지 못하고 유사한 제도를 반복하여 만들어, 3번에 걸친 법개정 모두에 대해 위헌판결을 받을 정도로, 사회질서 유지에 관한 정부의 걱정은 강하고 끈질기다. 표현행위와 관련된 인터넷 규제는 이 문제와 관련이 있다.

3. 표현행위와 관련된 인터넷 규제의 현황

가. 개괄

인터넷에서 일정한 서비스를 제공하는 사업자는 전기통신사업법상의 부가통신사업자, 정보통신망법상의 정보통신서비스제공자이며, 저작권법상의 온라인서비스제공자이다. 표현행위와 관련된 인터넷 규제는 주로 정보를 매개하는 온라인서비스제공자를 대상으로 하므로, 온라인서비스제공자(OSP)라는 명칭을 일반적인 의미로 사용하고, 다른 용어를 적절히 함께 사용하고자 한다.

표현행위와 관련된 현재의 인터넷 규제제도는 크게 두 가지 계통으로 나뉜다. 하나는, 음란물 등 ‘불법정보’ 규제시스템이고, 다른 하나는 명예훼손 등 ‘권리침해정보’에 대한 규제시스템이다. ‘불법정보’ 규제시스템은 정부의 개입으로 인터넷 사회질서를 유지하는 시스템으로, 방통위와 방통심의위가 활동하는 영역이며, ‘권리침해정보’ 규제시스템은 피해자라고 주장하는 자와 정보게재자 사이의 분쟁해결절차에 의해 피해를 구제하는 시스템으로, 원칙적으로 방통위와 방통심의위는 개입하지 않는다.

크게 두 가지로 구분할 수 있는 우리나라 인터넷 내용규제시스템의 가장 큰 특징은 모두 온라인서비스제공자를 규제의 의무자로 하고 있다는 점이다. 이 점이 온라인서비스제공자에게 일정한 의무를 부과하되 그 의무를 이행할 경우 면책되도록 하는 미국과 유럽의 제도적 경향과 확연히 다른 우리 인터넷 규제 제도의 특징이다.

나. ‘불법정보’ 규제시스템

정보통신망법 제44조의7은 9개 유형의 불법정보를 규정하고, 방통위가 온라인서비스제공자에게 삭제명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 온라인서비스제공자는 이 명령에 따르지 않을 경우 형사처벌을 받게 된다. 9개 유형의 불법정보는 음란물, 비방목적 명예훼손 정보, 스토킹 정보, 정불오신 운용방해정보, 청소년유해매물 의무위반 정보, 사행성, 국가기밀, 국가보안법 위반 정보, “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보” 등이다.

이 규정은 구 전기통신사업법 제53조의 ‘불온통신’ 규정을 그 뿌리로 한다. ‘불온통신’ 규정에 대해 헌법재판소가 2002. 6. 27. 표현의 자유를 제한하는 입법의 불명확성과 표현의 자유의 본질적 기능을 훼손한다는 등의 이유로 위헌이라고 결정하여(99헌마480) 그 효력을 상실하였으나, 2002. 12. 26. 전기통신사업법의 개정으로 그 이름이 ‘불법통신’으로 바뀌었을 뿐 행정부에 의한 삭제명령과 이에 따르지 않을 경우 처벌하는 기본 구조는 그대로 유지되었다¹⁾. 뿐만 아니라, 2007. 1. 26. 정보통신망법 제44조의7로 이관되어, 오히려 그 의무 대상자가 전기통신사업자에서 정보통신서비스제공자로 확대되었다.

‘불법정보’ 규정은 헌법재판소의 취지에 따라 개정되었다는 것이 정부의 주장이나, 9개 유형 중 마지막(제44조의7 제1항 제9호)에 “그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보”라는 포괄규정을 둠으로써, 사실은 ‘불온통신’ 규정과 큰 차이가 없도록 만들었다. 방통심의위가 조중동광고불매운동에 관련된 게시글에 대한 삭제의 시정요구를 한 근거로 이용되었다. 이 규정에 대해서는 현재 헌법재판소에 위헌여부에 관한 헌법소원이 제기되어 있다(2008헌마500).

다. ‘권리침해정보’ 규제시스템

2007. 1. 16. 개정된 정보통신망법은 기존의 44조²⁾를 개정하고, 제44조의2 내지 제44조의10까지 9개 조항을 신설하여, 인터넷 명예훼손 부분에 대한 국제적인 추세와 하나인 이른바 ‘notice and take down’ 원칙 중 일부를 도입하였다.

그 주요 내용은 ①“사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리가 침해된 경우” ②그 침해를 받은

1) 최근의 사례로는, 2007. 9.경 북한출전의 인터넷 게시물에 대한 정보통신부 장관의 삭제명령을 들 수 있다.(경향신문, “정통부가 사법부? 민노총 등 14개 단체 홈페이지 삭제명령” 제목의 2007. 9. 14.자 기사)

2) 2001. 1. 16.자 개정법률에 추가된 것으로 “정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있”도록 규정하고 있었다.

자는 정보통신서비스제공자에게 ③정보의 삭제를 요청할 수 있고, 정보통신서비스제공자는 지체없이 접근차단의 임시조치 등을 취해야 한다는 것이다. 정보통신서비스제공자는 이러한 조치를 취할 경우 그 배상책임을 감면받을 수 있다. 다만, 임시조치 기간은 30일로 규정되어 있으나, 30일이 경과한 이후의 절차에 관하여 아무런 규정을 두고 있지는 않다.

라. 행정기관에 의한 표현물의 내용심의

먼저, 방통위는 일정한 절차를 거쳐 정보통신서비스제공자에게 ‘불법정보’의 삭제를 명령할 수 있고, 정보통신서비스제공자는 이에 반드시 따라야 한다.

다음으로, 방통심의위원회는 ‘불법정보’와 청소년 유해 정보를 심의하여 ‘불법정보’ 등으로 ‘판단’될 경우, 정보통신서비스제공자에게 해당 정보의 삭제, 접속차단, 이용자에 대한 이용정지 등의 시정요구를 할 수 있으며, 정보통신서비스제공자가 이에 따르지 않을 경우 방통위원장에게 삭제명령의 발동을 요청할 수 있다(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호, 시행령 제8조 제1,2,4항). 방통심의위원회의 ‘시정요구’는 직접적인 법적 강제력이 없어 행정소송의 대상은 아니라는 것이 법원의 태도이기는 하나, 현실적으로 방통심의위원회의 ‘시정요구’를 거절할 온라인서비스제공자가 거의 없다는 점에서 사실상 강제력이 있는 현실을 고려한다면, 헌법적 측면에서 문제가 있다고 볼 수밖에 없다. 이 점에 관하여도 헌법소원이 제기되어 있는 상태이다.

방통심의위를 민간독립기구라고 하는 견해가 있다. 헌법재판소는 공연윤리위원회의 후신인 한국공연예술진흥협의회는 물론이고, 대한민국예술원 등의 단체가 위원을 추천하여 구성하는 영상물등급위원회도 행정기관이라고 판단한 바 있다. 대통령이 위촉하고, 그 구성방법과 절차를 대통령령이 정하며, 국가예산을 사용하고 있다는 점을 근거로 한 것인데, 영상물등급위원회가 민간인들로 구성되어 있고 그 지위의 독립성이 보장되어 있어도 그 성격은 ‘행정권이 주체가 된 사전심사’라는 점에 차이가 없다는 것이다(2001.8.30. 선고 2000헌가9 결정). 방통심의위는 헌법적 관점에서 명백한 행정기관이다.

마. ‘본인확인제’라는 명칭의 강제적 인터넷 실명제

정보통신망법 제44조의5의 “게시판이용자의 본인확인에 필요한 조치를 취할 의무”는 일일 평균 이용자수 10만명 이상의 정보통신서비스제공자에게 강제된다. 방통위원장은 위 조치를 취하지 않은 사업자에게 이행명령을 내릴 수 있고, 사업자가 이행명령을 이행하지 않을 경우 과태료를 부과할 수 있다. 2008년 11월 시행령 개정을 통해 10만명 이상의 서비스제공자로 그 범위가 확대됨으로써 과거 인터넷 이용자의 62%를 포괄하는 규모에서 90%를 포괄하는 규모로 확대되었다고 한다.

최근 구글이 ‘유튜브’의 한국판에 아예 게시판 기능을 제거하여 위와 같은 조치를 취하지 않을 것을 선택하여, 이 사회에 경종을 울렸다.

바. 한나라당의 새로운 규제 제안

2008. 12. 24.자 성윤환 외10인의 의원이 제안한 정보통신망법 개정안에는 다음과 같은 새로운 규제제도의 추가를 제안하고 있다.

- (1)온라인서비스제공자에게 불법정보에 대한 모니터링 의무 부과
- (2)임시조치 의무화
- (3)‘사이버 모욕죄’로 알려져 있는 ‘모욕죄 임의처벌제’ 신설
- (4)강제적 인터넷 실명제를 10만명 이하의 웹사이트로 확대
- (5)인터넷 서비스에 대한 특별규제의 신설
- (6)저작권법상 온라인서비스제공자에 대한 추가 규제

4. 현행 인터넷 규제의 문제점

가. 철학의 부재

사적인 커뮤니케이션 수단을 넘어서 공중을 대상으로 하는 매체로 발전해 가는 전자통신매체의 등장에 대하여, 위법한 정보를 어느 정도 어떤 방법으로 규제할 것인지에 대한 기본 철학이 없이, ‘미풍양속’을 해하는 전자통신을 그냥 둘 수는 없다는 생각을 바탕으로 그때그때 필요에 따라 규제수단을 하는 동원하여 현재에 이르고 있는 것이 현재의 인터넷 규제 시스템이다.

“공안을 방해하거나 미풍양속을 해하는” 전신 또는 전화를 규제하기 위하여 1962년 전기통신법에 처음 도입된 ‘불온통신 단속’ 규정을 그 매체의 특성이 전혀 다른 ‘PC통신’에 그대로 적용하였고, 1962년에 입안된 ‘불온통신’ 규제제도는 ‘불법정보’ 규제제도로 모습을 바꿔 오늘날에도 그 효력을 유지하고 있다. 전신, 전화의 통신 시대에 발신자의 신분을 위장하는 가장(假裝)통신 규제를 위해 도입된 전기통신기본법 제47조 제1항의 이른바 ‘허위통신죄’를 21세기의 첨단 인터넷 시대에 허위사실유포의 처벌에 전용하는 것도 유사한 사례이다.

표현의 자유 신장과 인터넷산업의 발전을 위해 세계적인 원칙으로 수용되어 온, ‘notice and take down’ 원칙과 이를 바탕으로 한 온라인서비스제공자에 대한 면책 원리를 일부만 도입하여, ‘임시조치제’라는 세계에 유래가 없는 제도를 만든 것도 도입 당시 사회적으로 문제되는 사안에 대응하기 위한 임기응변 입법조치의 결과물이다.

인터넷이 법의 규제를 받지 않는 특별한 공간 또는 매체가 아닌 것은 당연하나, 통일되고 일관된 규제 철학이 없이 그때그때의 사안에 대응하는 규제를 양산하다보니, 오히려 기존의 매체에 대한 규제보다 더 강한 규제를 인터넷에 적용하여 차별 취급하는 결과가 되었다.

대표적으로 출판물의 저자나 방송국의 출연자의 실명이나 주소 등 실명을 반드시 밝혀야 한 다거나 출판사나 방송사가 그 개인정보를 보관할 의무는 없으나, 인터넷 이용자나 인터넷 사업자에게는 그런 의무가 부과되어 있다. 신문이나 출판물에 대해서는 행정부가 그 내용을

심사하여 삭제하라거나 ‘시정요구’ 등의 조치를 전혀 취할 수 없으나, 인터넷 표현물에 대해서는 행정기관이 시정요구는 물론이고 일정한 경우에 삭제명령까지 내릴 수 있다. 그것도 표현행위자가 아니라 표현의 매개자에 대하여, 출판물로 치면 출판물을 판매하고 있는 서점에 대하여, 취급금지의 시정요구나 명령을 내릴 수 있도록 한 것도 세계적으로 유래가 없는 규제제도이다.

나. 체계없는 규제의 양산

규제의 철학 없이 그때그때 필요에 따라 기존의 규제를 이용하거나 새로운 규제를 온전하지 않게 이용하다 보니, 정보통신 규제 시스템은 전문가조차 이해하기 어려울 정도로 난해한 구조가 되어 버렸다.

아마추어 축구팀의 시합 때 리더가 항상 강조하는, “공을 따라다니지 말고 상대팀의 사람을 보라”는 지적은 현재의 인터넷 규제에 적절한 조언이다. 그동안의 인터넷 규제는 사회적으로 시끄러운 문제가 생기면 왜 그 문제가 발생하였는지, 그러한 문제에 대한 진정한 대응책은 무엇인지 깊게 살펴보지 않고 대중적인 조치만을 양산하는, 마치 축구에서 상대팀의 사람을 보지 못하고 공만 쫓아다니다 지치고 마는 아마추어 축구팀과 같은 대응을 한 꼴이다.

다. 손쉬운 ‘사업자 규제방법’의 선택과 손쉬운 행정기관에 의한 내용심의 선택

‘불법정보’ 규제시스템, ‘권리침해정보’ 규제시스템과 ‘강제적 실명제’와 같은 현행 규제제도는 물론이고, 모니터링 의무 부과, 임시조치 의무화, 저작권법상 규제 등의 새로운 규제도 대부분 규제하기 쉽고 규제제도에 순응할 수밖에 없는 온라인서비스제공자에 대한 규제로 구성되어 있다.

규제제도에 순응적인 사업자를 대상으로 하는 방식은 무척 효율적인 규제일 것이기는 하나, 헌법재판소가 ‘불온통신’ 위헌판결에서 지적했듯이, “그 규제의 법적 구조가 정보통신부장관-전기통신사업자-전기통신이용자의 삼각구도로 짜여져 있어, 명령 및 처벌의 대상자는 전기통신사업자이지만, 그로 인하여 실질적으로 표현의 자유를 침해받는 자는 이용자가 된다. 전기통신이용자는 규제조치의 상대방이 아닌 제3자로서 행정절차에의 참여, 행정소송의 제기 등 권리구제의 면에서 어려움을 겪게 된다.”는 근본적인 문제를 안고 있는 잘못된 규제방식이다.

행정기관에 의한 표현물의 내용심의는 무척 간편하고 효율적인 시스템인 것은 분명하나, 행정기관이 표현물의 내용을 살펴보고 그 위법성, 그 적절성, 그 정당성을 판단하도록 하는 제도는 적어도 발전된 국가에서는 취하지 않고 있는 제도이다.

라. ‘불온통신’ 위헌판단에 반하는 ‘불법정보’ 규제시스템

헌법재판소는 ‘불온통신’ 규정에 대한 위헌판결에서 “규제대상이 다양, 다기하다 하더라도, 개별화, 유형화를 통한 명확성의 추구를 포기하여서는 아니되고, 부득이한 경우 국가는 표

현규제의 과잉보다는 오히려 규제의 부족을 선택하여야 할 것”이라고 하며, “온라인매체상의 정보의 신속한 유통을 고려한다면 표현물 삭제와 같은 일정한 규제조치의 필요성 자체를 부인하기는 어렵다고 하더라도, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물 - 예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우 -이 아닌 한, 함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니된다.”고 판단하였다.

그런데, 현행 ‘불법정보’에는 “내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물”이라고 할 수 없으며, 오히려 대부분의 불법정보를 포괄할 수 있는 “범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 행위”라는 일반규정을 포함하고 있다. 방통심의위원회는 이 일반규정을 기초로 여권법, 자동차관리법, 전과법, 한국마사회법, 방문판매법, 담배사업법, 경범죄처벌법을 포함하는 무려 56개의 법률에 대한 위반여부를 심의하고 있는 실정이다.

마. ‘권리침해정보’ 규제 시스템과 최근 대법원 전원합의체 판결

권리침해정보에 대해 침해를 받은 자의 ‘주장’에 의해 반드시 ‘임시조치’를 하게 하는 제도는 ‘notice and take down’ 원칙을 어설피게 도입함으로써, 정치인, 기업인, 유력 기업 등이 자신들에게 비판적인 게시글을 적어도 ‘30일 동안’ 일반인의 접근을 차단하는데 주로 이용하는 수단으로 전락하고 말았다.

이런 상황에서, 2009. 4. 16. 대법원은 ‘전원합의체’ 판결³⁾을 통해 정보통신서비스제공자가 명예훼손에 해당하는 글에 대하여 책임을 지는 기준에 관하여 분명한 기준을 제시함으로써, ‘권리침해정보’ 규제시스템에 관한 바람직한 규정이 어떠해야 하는지 밝혔다. 대법원이 제시한 기준에 의하면, ‘권리침해정보’ 규제 시스템은 대폭 수정되어야만 한다.

위 판결에서 대법원은 온라인서비스제공자에게 어떤 게시물에 대해 삭제의무가 발생하기 위해서는 첫째, 불법성이 명백한 게시물일 것, 그리고, 둘째, 사업자의 인식, 그리고, 셋째, 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리, 통제가 가능할 것을 요구하였다.

위 둘째 요건인 ‘인식’과 관련하여, 대법원은 세 가지 경우를 제시하였다. 첫째, 사업자가 피해자로부터 구체적, 개별적 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우, 또는, 둘째, 다른 사정에 의하여 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있는 경우, 또는, 셋째, 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난 경우가 그것이다.

위와 같은 요건은 미국 저작권법 중 OSP의 면책요건에 관한 규정과 유사하므로, 대법원은 OSP의 면책요건을 정하고, 이러한 면책요건에 해당되지 않을 경우 한하여 OSP에게 그 책임을 물어야 한다는 미국의 제도를 도입한 것으로 봐도 무방할 것이다.

미국 저작권법 512(c)(1)(A)(ii)(호스팅 규정) 및 512(d)(1)(A)(정보검색도구 규정)는 여러 조

3) 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결. “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손책임에 관한 대법원 전원합의체 판결 관련 보도자료”에서 인용. 이 판결은 여자친구의 자살과 관련하여 남자(원고)를 비난하는 내용의 게시글과 ‘네이버’나 ‘다음’의 뉴스면에 게재된 위 사항에 관한 언론보도에 대해, 포털사업자의 민사책임을 묻는 손해배상사건에 관한 것이다.

건을 충족할 경우 OSP가 면책되나, OSP가 “침해행위를 실제로 알고 있거나(actual knowledge)”(대법원 판단 중 “게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식”에 해당), “침해행위가 외관에 의해 명백하다고 볼 사실이나 상황을 인식하고 있는 경우(awareness of facts or circumstances from which infringing activity is apparent)”(대법원 판단 중 “게시물을 인식할 수 있었음이 외관상 명백한 경우”)에는 면책되지 않는다고 규정하고 있다.

결국, 단순히 “사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우” “그 침해사실의 소명”만으로 당해 정보에 대한 임시조치를 가능하게 한 정보통신망법 상의 임시조치제(44조의2)는 대법원 전원합의체 판결에 배치되는 것이므로, ‘임시조치제’는 적어도 “사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리 침해가 명백한 경우”로 제한되어야 할 것이다.

5. 인터넷 규제의 기준

그동안 기준과 원칙없이 도입되었던 인터넷 규제는 다음과 같은 기준과 원칙에 부합하는지 여부에 대한 판단에 따라 도입하는 것이 헌법적 원리에 부합한다.

- 가. 긴박한 필요성
- 나. 규제 달성을 위한 효율적인 수단
- 다. 최소 규제의 원칙 : 다른 수단은 없는가
- 라. 위축효과에 대한 고려
- 마. 체계성
- 바. OSP 면책에 관한 국제기준과 동향에 대한 검토

6. 올바른 규제 방법

가. ‘불법정보’ 규제시스템 - 사법적 심사기관의 설립이 필요하다.

헌법재판소가 판시한 바와 같이, 내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물- 예컨대, 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해- 같은 경우 ‘불법’ 여부에 대한 신속한 판단과 전과 금지 조치의 필요성이 있을 수 있다. 하지만, ‘불법’ 여부의 판단은 사법부나 적어도 사법작용을 하는 전문기관에 의해 이루어지도록 해야 한다⁴⁾.

방통심의위원회와 같은 ‘심의위원회’나 영상물등급위원회와 같은 ‘등급분류위원회’의 업무는 일방적 판단을 하는 기관이 아니라, 다양한 사회가치를 반영하거나 당대 평균인의 성표현물에 대한 평균적 시각에 관한 사회적 합의를 도출하는 등의 역할을 하는 것이다. 가장 대표적인 사례가 “사회평균인의 입장에서 건전한 사회통념에 따라 판단”해야 하는 음란물의 기준 등에 관한 것이다. 그래서 심의위원회나 등급분류위원회는 각계각층의 다양한 인사를 참여시키는 것을 그 구성원리로 하고 있는 것이다.

4) 행정적 조정기관의 역할과 사법기관의 관여 방법에 관한 구체적인 제안은 박용상, “인터넷 실명제와 ISP의 책임”, 언론과법 제5권 제1호, 2005., 516쪽 이하 참조

또한, 현행 ‘불법정보’ 규제시스템은 헌법재판소의 위 판단에 맞추어, “내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고, 사회적 유해성이 명백한 표현물”로 ‘불법정보’의 범위를 제한해야만 한다. 그렇지 않고 현재와 같이 “범죄를 목적으로 하는 정보” 모두를 ‘불법정보’라고 한다면, 헌법재판소의 판단 취지를 벗어날 뿐만 아니라, 온라인에서는 행정부가 사법부의 역할을 대신하고 있는 것이 되기 때문에 허용될 수 없다.

나. ‘권리침해정보’ 규제시스템 - 정보게재자와 권리주장자 사이의 이해관계를 신속하고 효율적으로 조정할 시스템을 구축하고, 온라인서비스제공자의 면책을 규정하는 것이正道(正道)이다.

현재와 같은 30일 동안의 ‘임시조치제’는 부당한 권리주장자에 의해 악용되는 반면, 30일 후에는 해당 게시글이 다시 게재될 수밖에 없기 때문에, 실질적으로 피해구제가 필요할 때에는 피해구제를 할 수 있는 취약한 제도이다.

권리주장에 따른 임시조치의 기간을 대폭 축소하고, 정보게재자의 이의제기에 의해, 당연히 분쟁조정이 시작되도록 하여 신속한 분쟁조정결정이 가능하도록 하고, 분쟁조정결정에도 이의가 있는 당사자에게, 법원의 가치분절차에 따라 신속한 재판이 가능하도록 한 언론중재제도와 같이, 신속하게 사법적 구제를 받을 수 있는 시스템을 구축한다면, 피해구제와 표현의 보호를 모두 달성할 수 있을 것이다. (이런 권리구제 프로세스를 구축한다면, 임시조치 의무화는 아무런 의미가 없고, 오히려 방해만 될 뿐이다.)

이 경우 분쟁조정기관은 기존의 명예훼손분쟁조정부와 같은 구성은 적당하지 않다고 본다. 언론중재위원회와 같은 어느 조직에도 속하지 아니한 독립적인 구성을 지원하고, 중재부의 구성에 법관이 관여하는 정도의 높은 수준의 조직이어야만, 격렬하게 충돌하는 이해관계자들을 설득하여 피해를 구제하면서도 표현을 보호하는 관행을 정착시킬 수 있을 것이다.

이러한 신속하고 효율적인 규제시스템을 구축하기 위해서는 ‘임시조치’의 대상을 ‘사생활 보호’와 ‘명예훼손’으로 한정해야 하고, “등”이라는 불필요한 문구를 두어 불필요하게 분쟁의 대상을 확대하는 것은 신속하고 효율적인 규제시스템에 장애만 될 뿐이다(저작권 분야는 저작권법에 의해 규율된다). 예를 들면, ‘업무방해’에 관련된 정보에 대해, 사생활 보호나 명예훼손과 같은 정도의 신속하고 효율적인 규제절차를 둘 필요는 거의 없다.

7. 위 법률개정안 중 몇 가지 새로운 제도에 대한 검토

가. 손쉬운 사업자 규제방식의 정점 - 모니터링 의무 부과

온라인서비스제공자에 대한 모니터링 의무는 “시작은 미약하나 끝은 창대할” 가능성이 아주 높은, 방통위의 인터넷 규제 정책 중에서 핵심적인 제안이다.

하지만, 개정제안 중 ‘모니터링 의무 조항’은 참으로 소박하여, 2008년 7월경 방통위 발표의 ‘인터넷 정보보호 종합대책’ 중에서도 상대적으로 적은 관심을 받았다.

정부는 이미 대부분의 주요 포털 사업자가 자체 모니터링을 시행하고 있으므로, 이미 시행하고 있는 행위에 대한 근거규정을 두는 정도의 의미밖에 없으며, 처벌규정도 없으므로, 문제될 것이 없다고 설명하였다.

하지만, 모니터링 의무 조항은 단순히 대상 사업자에게 일정한 행위의무를 부과하는 것 이상의 의미가 있다는 점은 아래에서 더 자세히 살펴볼 것이나, 이 규정은 일단 도입되면, 모니터링 강제 규정(불이행시 처벌 등)으로 확대되고, 이후 모니터링 기준을 분명히 한다는 명분 하에 모니터링의 구체적인 방법, 시설기준, 인적 기준을 설정하는 것으로 발전하고, 이후 보다 구체적으로 불법정보 모니터링 기준, 유해정보 모니터링 기준, 권리침해정보별 모니터링 기준 등을 수립하는 문제로 변화할 것이라고 예측하면, 과도한 예측일까. 모니터링 의무 규정은 한번 도입되면 조만간 인터넷 규제에서 전가의 보도로 기능하여, 창대하게 그 꽃을 피울 것이다.

온라인서비스제공자에 대한 모니터링 의무 규정의 문제점은 모니터링이 무엇인지 불분명하다거나, 모니터링을 하는데 사업자에게 부당한 비용부담을 지운다거나, 모니터링 비용을 부담할 능력이 있는 사업자만 살아남을 수 있게 하는 차별적인 규정이라는 등에 있지 않다.

정보통신망법 제44조 제2항은 “정보통신서비스제공자는 자신이 운영, 관리하는 정보통신망에 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 이른바 웹하드를 이용하는 이용자의 저작권 침해행위에 대한 웹하드 사업자의 저작권 침해 방조책임을 인정하는 근거로 이용되는 등(서울중앙지법 2008. 8. 5.자 2008카합968 결정), 정보통신서비스제공자의 간접책임 또는 방조책임을 인정하기 위한 필수적인 요건인 ‘침해방지의무’의 전제가 되는 규정이다.

온라인서비스제공자에 대하여 ‘불법정보’에 대한 모니터링 의무가 부과된다면, 온라인서비스 제공자는 모든 ‘불법정보’의 유통을 방지할 의무를 부담하게 되고, 따라서, 모든 ‘불법정보’의 유통과 그로 인한 피해에 대한 책임을 부담할 가능성이 아주 높다.

‘불법정보’ 규제시스템과 ‘권리침해정보’ 규제시스템에 관한 대부분의 부담은 온라인서비스 제공자에 대한 모니터링 의무로 인하여, 온라인서비스제공자에게 전가될 것이 거의 틀림없다.

모니터링 의무를 부과하고자 하는 취지가 진정 위와 같은 것이 아니라면, 모니터링 의무는 법원에 의해 제안자의 의도와 달리 이용될 것이라는 점에서 모니터링 의무 제안자는 자진하여 위 제안을 철회해야 한다. 게다가 최근 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 제3자의 권리를 침해하는 게시물에 대하여 온라인서비스제공자가 취할 합리적인 태도에 관한 기준을 설정하였으므로, 굳이 온라인서비스제공자에 대한 모니터링 의무를 부과하지 않더라도, 대법원이 보도자료에서 전망한 것처럼, “앞으로 사업자가 타인의 명예를 훼손하는 내용의 불법성이 명백한 게시물을 인식한 경우에는 삭제, 차단 등의 방법을 취하여 적절히 대처할 것”으로 예상되므로, 모니터링 의무를 도입할 필요성은 이제 사라진 것으로 봐야한다.

나. ‘모욕죄 임의처벌제’

‘모욕죄 임의처벌제’에 관하여는 미디어위원회의 지난 3차 전체회의 때 박경신 교수께서 “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”을 통해 바람직한 제도가 무엇인지 충분히 제시하였고, 그 견해에 동의하므로, 따로 언급할 필요는 없다고 생각된다.

다. 강제적 실명제

‘불법정보’ 규제시스템과 ‘권리침해정보’ 규제시스템은 표현행위에 관련된 인터넷 규제의 가장 기본적인 틀이다. 이 틀을 효율적이고 합리적으로 구축한다면, 나머지 규제는 긴박한 필요성, 규제 달성을 위한 효율적인 수단인지 여부, 다른 수단이 없는 최소 규제인지, 표현의 자유 위축효과에 대한 고려, 인터넷 규제의 체계성, 국제적 동향 등의 규제기준에 따라 도입 여부를 판단한다면, 쉽게 결론에 이를 수 있다고 생각한다.

대표적으로, 강제적 실명제와 그 확대는 긴박한 필요성에 의문이 있고, 규제 달성을 위한 효율적인 수단이라는 근거가 없는 등 어느 기준에서 보더라도 타당한 규제가 아니라는 결론을 쉽게 내릴 수 있을 것이다.

7. 결론을 대신하여

일개 사업자인 외국기업 국내지부의 대표자가 표현의 자유를 보호해야 한다고 얘기하고, 인터넷에 부작용은 있지만 자정과 자율적 절차에 의해 수정될 것이라고 말하는 것을 보는 것은 참으로 부끄러운 일이다.

인터넷 규제를 강화하려는 최근의 경향은 정부의 규제욕심에 정치적 이해관계까지 결합하여 상호 상승작용을 일으키고 있다는 느낌이다. 무분별한 인터넷에 대한 규제로 인하여 인터넷은 쉽게 망가지거나 글로벌 인터넷의 특성상 이른바 ‘이용자들의 망명’에 의해 국내 인터넷이 황폐화될 수도 있다는 사실을 고려하여, 선부른 규제를 자제하고 인내심을 갖고 기다리는 것이 인터넷 규제에 관한 옳은 태도일 것이다.