

참고 문헌

- 권오석, "SNS 게시물 의 제공표와 명예훼손, 사생활침해", 『LAW TECHNOLOGY』 제7권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2011년
- 김재형, "인터넷에 의한 인격권 침해", 『인터넷과 법률』, 법문사, 2002년
- 성낙인, "인터넷과 개인정보보호", 『인터넷과 법률』, 법문사, 2002년
- 오경식 · 황태정 · 이정훈, "명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임", 『형사정책』 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010년
- 오태원 · 유지연, "소셜 네트워크 서비스(SNS) 환경에서 프라이버시의 개념 변화", 『방송통신정책』 제23권 4호(통권 503호), 정보통신정책연구원, 2010년
- 이상은, "소셜미디어에 의한 인격권 침해사태 및 피해구제방안 고찰-명예훼손 분쟁조정 및 이용자 정보의 제공 청구 제도를 중심으로", 『언론중재』 2011년 봄호(통권 118호), 언론중재위원회
- 이원태 · 유지연 · 박현유 · 김위근, "방송융합 환경에서 정보의 자유와 개인의 프라이버시 보호방안 연구", 정보통신정책연구원, 2010년
- 조원철, "SNS의 인격권 침해와 구제방안," 언론중재위원회 심포지엄 자료집, 2011. 12. 7.
- 허진성, "SNS의 개인정보 침해문제와 그 대응방안에 관한 연구", 『언론과 법』 제9권 제2호, 2010년
- 황인경, "인터넷상 펌이나 링크에 의한 명예훼손의 문제", 『언론중재』 2006년 여름호(통권 99호), 언론중재위원회
- Boyd, d. m., & Ellison, N. B., Social network sites: Definition, history, and scholarship. Journal of Computer-Mediated Communication, 13(1), article 11, 2007.
- <http://jcmc.indiana.edu/vol113/issue1/boyd.ellison.htm>
- Haythornthwaite, C. Social networks and Internet connectivity effects, Information, communication, & Society, 8(2), 2005, pp. 125-147

인터넷과 명예훼손, 모욕

김기중*

1. 들어가는 말

저렴하고 간단한 표현수단을 제공하는 인터넷의 기술적 특성 때문에 인터넷과 명예훼손 등 인격권 침해 문제는 인터넷의 사용이 일반화된 이래 끊임없는 긴장관계를 형성해 왔다. 인터넷을 출판모델에 가까운 매체로 보고 완화된 규제를 선언한 미국 연방대법원의 Reno v. ACLU 판결(1997) 이후 15년의 기간이, 인터넷을 가장 참여적이고 표현촉진적인 매체로 규정하고 역시 최소한의 규제를 선택해야 한다고 판단한 헌법재판소의 '불온통신' 위헌결정(2002) 이후 10년의 기간이 각각 흘렀음에도 인터넷에 대한 규제 논의는 여전히 같은 수준에서 진행 중이다.

특히 우리나라의 경우 인터넷에서 이루어지는 명예훼손과 모욕 등 인격권 침해행위(이하 '명예훼손'이라고만 하며, 특별히 언급할 필요가 있는 경우 '모욕' 부분을 따로 언급하기로 한다)에 대한 규제를 어떻게 할 것인지가 논의의 초점이 되는 경우가 많았다. 본 글에 주어진 '인터넷과 명예훼손, 모욕'이라는 주제도 주제 자체에 의해 '인터넷에서 쉽게 이루어지는 명예훼손과 모욕행위에 어떻게 대응할 것인가'라는 점을 강조하는 듯한 인상

* 변호사, 법무법인 동서파트너스

을 준다. 다른 나라와 구분되는 우리나라 인터넷 규제 법제의 가장 큰 특징을 이루는 '임시조치제'와 같은 특수한 제도가 '악플'로 불리는 인터넷 댓글로 인한 자살 등의 떠들썩한 사회적 이슈와 함께, 사회적 압력에 의해 등장한 것이라는 점도 특징적이다.

이런 이유 때문인지 인터넷과 인격권 침해라는 주제와 관련해 다른 주요 나라에서는 온라인서비스제공자의 책임 범위에 관한 논의가 거의 전부인 것으로 보이나, 우리나라의 경우 다른 나라에서 사례를 찾아보기 어려운 임시조치제, 실명제(본인확인제) 등의 특수한 사전 규제장치에 관한 찬반 논쟁이 진행되어 왔다.

하지만 인터넷 기술과 서비스의 급격한 발전으로 주된 표현 수단이 게시판과 카페에서 블로그로 이동하고, 이제는 블로그보다는 SNS·팟캐스트 등 새로운 서비스로 빠르게 변화하고 있음에도 사전 규제수단은 아무런 변화가 없어, 이제 그동안 입안한 제도는 더 이상 실효성이 없다는 주장도 제기되고 있다.

이 글에서는 명예훼손에 대한 사전 규제장치들의 적절성을 검토하고, 사후 규제의 타당성을 점검하고자 한다.

2. 현행 인터넷 내용규제 제도의 구조와 인터넷 명예훼손

인터넷 명예훼손과 규제의 구조

인터넷에 대한 행정적·사법적 규제는 다양한 측면에서 분석해 볼 수 있다. 인터넷 '내용'규제는 그 규제 대상의 측면에서 온라인서비스제공자에 대한 것과 이용자에 대한 것으로 구분할 수 있고, 규제시기에 따라 사전규제와 사후규제로 구분해 볼 수 있는데, 이를 정리하면 다음의 표와 같다¹⁾.

규제대상 \ 규제시기	사후적	
	사전적	사후적
OSP	모니터링 의무, 임시조치제	OSP 책임론
이용자(저자)	실명제, 임시조치제	민형사 책임

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

내용규제 제도 일반

표현행위와 관련된 현재의 인터넷 내용규제 제도는 크게 두 가지 계통으로 나뉜다. 하나는 음란물 등 '불법정보' 규제에 관한 것이고, 다른 하나는 명예훼손 등 '권리침해정보'에 대한 규제에 관한 것이다. '불법정보' 규제시스템은 정부의 개입으로 인터넷 사회질서를 유지하는 시스템으로 방송통신위원회와 방송통신심의위원회가 활동하는 영역이며, '권리침해정보' 규제는 피해자라고 주장하는 자와 정보게재자 사이의 분쟁 해결절차에 의해 피해를 구제하는 시스템으로, 원칙적으로 방송통신위원회와 방송통신심의위원회는 개입하지 않는다.

다만 '임시조치'라는 강력한 규제수단의 존재 때문에 분석의 편의를 위해 '권리침해정보 규제시스템'이라는 별도의 용어를 사용해 '불법정보' 규제부분과 구분했으나, '권리침해정보'에 대한 규제는 우리나라에 특수한 경우이고, 이 용어를 사용할 경우 '권리침해정보 규제시스템'이라는 일반적인 제도가 있는 것으로 오해할 우려가 있으므로, 이러한 용어를 사용하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

또한 유해정보에 대한 사전규제와 방송통신심의위원회의 사전적·사후적 행정심의를 별도의 내용규제 범주로 구분해 볼 수 있다. 유해정보 규제는 청소년유해매체물 지정절차를 제외하고 그 표현물 자체의 제거를 목적으로 하지 아니하여 별도로 구분할 필요는 없었으나, 유해정보에 대한 행정심의회가 활발하게 이루어지고 있는 것이 현실이고, 최근 인터넷 게임과 관련된 행정규제가 대거 도입되었으므로, 유해정보 규제시스템에 관한 구분을 추가할 수 있다. 방송통신심의위원회의 행정심의회에 대해서는 그동안 위헌적 제도라는 주장이 꾸준히 제기되어 왔으나, 헌법재판소는 2012년 3월 23일 선고 2011헌가13 결정에서 방송통신심의위원회가 행정기관이고 그 시정요구는 행정처분이기는 하나, 제도 자체를 위헌이라고 할 수는 없다고 판단했다.

크게 두 가지 또는 세 가지로 구분할 수 있는 우리나라 인터넷 내용규제시스템의 가장 큰 특징은 모두 온라인서비스제공자를 규제의 의무자로 하고 있다는 점이다.

3. 원표현행위자에 대한 규율

사전규제-실명제

인터넷의 '익명성'으로 인한 폐해가 크다는 문제의식에서 도입된 제도가 실명제다. 실명제에 관해서는 자세한 논의가 필요하나, 본서의 다른 장(章)에서 다룰 예정이므로 그 타당성에 관한 의견만 간략하게 제시한다.

인터넷 실명제에 대해 헌법 위반 여부에 관한 법률적 문제와 실효성 유무에 관한 실질적인 문제가 함께 제기되고 있다.

정보통신망법상 본인확인제에 대해서는 합헌론을 찾기는 어렵고 대

부분의 학설은 위헌론의 입장에 서 있으며, 헌법적 문제와 관계없이 이용자 본인을 확인하는 데 사용하는 기술수단(특히 주민등록번호를 이용하는 방법)은 실명과 주민등록번호 존재에 관한 확인에 불과해 본인을 확인할 수 있는 수단이 될 수 없다거나²⁾, 본인확인절차는 범행의사를 가진 자에게는 실효성이 없거나 적은 데 반해 일반 이용자들의 경우는 참여 횟수나 정도가 위축되고 있다는 실증적인 연구결과³⁾까지 제기되고 있다.

정보통신망법상 실명제는 헌법적 문제를 야기하고 실효성에 대한 의문이 제기되고 있으며, 정보통신서비스제공자들이 민감한 개인정보인 주민등록번호를 수집하는 근거로 이용되고 있기 때문에 폐지하는 것이 마땅해 보이고, 방송통신위원회도 제도의 폐지를 정책방향으로 하고 있으므로 중국에는 폐지될 것으로 보인다.

사후규제-민형사 책임

1) 법적 근거

인터넷에서 인격권을 침해하는 표현을 한 자는 민사상 명예훼손 등의 불법행위에 따른 손해배상책임을 부담하며, 형사상 형법 제307조의 일반 명예훼손죄의 책임을 부담하거나, 형법 제309조의 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 책임을 부담한다.

다만, 형법 제307조의 가중처벌규정인 형법 제309조에 규정된 '신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물'의 개념에 인터넷 등 정보통신매체가 포함되는지 여부에 관해 논란이 있었고, 대법원은 형법 제309조의 입법취지를 "다수인이 전문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 크다는 데 가중처벌의 이유가 있음"을 전제로, 형법 제309조의 '기타 출판물'의 범위를 좁게 해석했기 때문에⁴⁾, 정보통신망을 출판물이라고 보기는 어려웠으나, 2001년 정보통신망법이 개정되어 제61조 제1항에 정보통신망을 통한 명예

훼손을 가중처벌하는 규정이 신설됨으로써 입법적으로 해결되었다. 하지만 대법원이 적절히 지적했듯이 출판물에 의한 명예훼손을 가중처벌하는 이유는 “다수인이 전문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존 가능성”이라는 출판물의 특성 때문인데, ‘높은 전파성’이나 ‘신뢰성’의 측면에서 출판물에 비해 현저히 떨어지는 정보통신망 게시물을 출판물과 동일하게 보고 그 명예훼손을 출판물에 의한 명예훼손과 동일하게 취급하는 것이 타당한지는 의문이다.

2) 인터넷 특성론과 법원의 태도

인터넷이 국내에 널리 이용되기 시작할 즈음에 인터넷 특성론을 기반으로 서로 상반되는 주장을 하는 논쟁이 있었다. 인터넷은 누구나 반론을 제기할 수 있고 그 신뢰도가 낮으며 낮은 신뢰성을 독자들도 알고 있다는 등의 이유로 인터넷 명예훼손을 쉽게 인정해서는 안 된다는 주장과, 인터넷 게시글이 신속하고 넓게 전파되는 속성이 있으므로 오히려 인터넷 명예훼손에 강한 책임을 물어야 한다는 주장의 대립이 그것이다.

하지만 이 논쟁은 인터넷 이용의 초기 상황에서 의미가 있을 수 있으나, 인터넷이 ‘생활의 일부’가 된 지금은 무의미한 논쟁이라 생각된다. 인터넷 고유 특성론은 2000년대 이후 증가해 온 인터넷에 대한 규제 장치의 근거로 채용되었는데, 사법기관도 같은 시각에서 규제를 강화하는 결론을 내리기도 했다. 헌법재판소는 정보통신망법 제44조의 7의 불법정보에 대한 위헌소원 사건에서 “인터넷 매체는 기존의 통신수단과는 차원이 다른 신속성, 확장성, 복제성을 가지고 있어… 실제 범죄의 발생 가능성 및 피해가 급속히 확산될 우려가 크다”는 이유로 불법정보에 대한 행정규제가 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판단했으며(헌재 위 2008헌마500 결정), 대법원도 OSP의 책임론에 관한 전원합의체 판결(2008다53812 판결)에서 “인터넷 공간에서는 익명이나 가명에 의한 정보유

통이 일반화되어 타인의 법익을 침해하는 내용의 표현물이 쉽게 게시될 수 있고 또한 많은 사람들이 동시에 접속해 검색할 수도 있기 때문에 일단 게시된 표현물이 순식간에 광범위하게 전파됨으로써 그 표현물로 인한 법익 침해의 결과가 중대해질 수 있다”고 판시하고 있다.

하지만 ‘생활의 일부’가 된 인터넷을 특별하게 보는 위와 같은 시각은 더 이상 유효하지 않다. 따라서 ‘인터넷 특성론’은 더 이상 성립할 수 없다고 보아야 한다. 다른 매체에 비해 인터넷을 이용한 표현행위는 저렴하고 간이하다고 볼 수 있으나, 신속하고 광범위하게 전파될 수 있다는 특성의 주장은 일면적인 분석이거나 인터넷을 과도하게 두려워하는 시각이다. 100만 부의 유료독자를 가진 신문의 보도는 발행된 날짜와 그 즈음에 100만 명에게 전달될 것이라고 추정할 수 있으나, 인터넷 게시글이 짧은 시간에 수십만, 수백만의 수신자에게 도달될 것이라는 추정은 가능하지 않다. 대부분의 인터넷 게시글은 오랜 시간이 지나도 단지 몇 명의 이용자에게만 도달될 수 있으며, 짧은 시간에 광범위하게 전파되는 인터넷 정보는 극히 일부에 불과하기 때문이다. 요컨대 인터넷 표현행위의 영향력은 매체 자체의 힘이 아니라 그것을 이용하는 인터넷 이용자의 수용이라는 능동적인 행위에 의해 이루어지는 가변적인 것임을 이해할 필요가 있다. 물론 매체의 특성에 따른 반응은 어느 경우에도 필요하나 인터넷을 ‘특별한 무엇’으로 보고 ‘특별한’ 규제 장치를 동원해야 할 정도로 ‘특별한 무엇’인 시대는 이미 지났다고 보아야 한다.

3) 인터넷 명예훼손에 관한 판례의 검토

법원은 인터넷 명예훼손에 관해 현실의 명예훼손 법리를 거의 그대로 적용하는 입장인 것으로 보인다.

PC통신의 공개게시판에 가수를 비난하는 글을 올린 피고의 명예훼손 책임이 문제된 사안에서, 법원은 “논쟁의 일환에서 게시된 글이라는 점

에서 다소 원고에 대해 비판적인 논조를 펼 수밖에 없다는 당시 상황을 감안하더라도 그 표현의 정도가 PC통신을 이용하는 통상의 이용자가 수인할 수 있는 한도를 벗어난 것"이라고 판단하고 모욕의 책임을 인정했고(서울지방법원 2000년 10월 26일 선고 2000다40161 판결), 직장의 전산망에 설치된 전자게시판에 소속 직원이 위증했다고 지적인 사안에서 일반적인 명예훼손 성립요건과 면책요건을 그대로 적용해 판단했으며(대법원 2000년 5월 12일 선고 99도5734 판결), 특정 제약회사를 비방하는 취지가 내용의 주조를 이루는 글을 언론사나 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 행위에 대한 판단을 하면서 역시 일반 명예훼손 법리를 그대로 적용해 명예훼손 책임을 인정했다(2004년 5월 28일 선고 2004도1497판결).

인터넷 명예훼손을 다른 매체를 이용한 명예훼손과 구분하지 않는 법원의 태도는 기본적으로 타당하다. 다만 '인터넷 공개 정보는 그 내용의 진위가 불명확함은 물론 궁극적 출처도 특정하기 어려워 믿기 어렵다'는 것이 인터넷에 대한 대법원의 시각이라는 점(2006년 1월 27일 선고 2003다66806 판결), 인터넷 게시글을 읽는 독자들의 태도도 대법원의 시각에 부합할 것이라는 점 등에 비추어, 공적인 쟁점에 관한 사실주장에 있어서는 인터넷 표현행위자에게 일반 언론보다는 더 여유를 주는, 즉 더 '숨 쉴 여지'(breathing space)를 허용하는 태도⁵⁾가 바람직해 보이나, 이런 태도를 보이는 판례를 찾지 못해 아쉽다.

4. 표현행위자 및 온라인서비스제공자에 대한 사전규제 장치로서 임시조치제

2007년 1월 16일 개정된 정보통신망법에서 도입된 임시조치제는 국내 인터넷 이용자의 대부분이 2~3개 종합정보제공사업자가 제공하는

'포털사이트'를 이용하고 있는 현실과 결합해 명예훼손 정보를 규제하는 핵심적인 제도로 기능하고 있어, 자세한 분석이 필요하다.

최초 도입 규정의 내용과 그 의미

2001년 1월 16일 개정 때 추가된 정보통신망법 제44조는 공개 게시물로 인해 '법률상 이익이 침해된 자'가 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있고, 그 요청을 받은 정보통신서비스제공자에게 필요한 조치를 취하고 즉시 통지하도록 할 의무를 부과하는 했으나, 정보통신서비스제공자가 이러한 조치를 취하지 아니한 경우 어떠한 규제를 받게 되는지에 관해서는 아무런 규정을 두지 않았다.

위 규정은 구 정보통신부가 2000년 9월 입법예고한 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 전면개정법률안⁶⁾을 모태로 하고 있다. 위 전면개정 법률안 제49조는 "①제48조 각호(명예훼손, 음란물 등의 불법정보 규정)가 규정하는 행위로 인해 피해를 받은 자는 관련 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다. ②정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 피해구제 요청을 받은 날로부터 7일 이내에 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청자에게 통지해야 한다"고 규정하고 있었다. 이 법안은 국회 논의과정에서 그 대부분이 삭제되고 위 규정을 포함한 몇 개 규정만 2000년 12월 제안된 과학기술정보통신위원장의 대안에 포함되어 살아남았다.

위 개정법률의 제44조를 미국의 1998년 개정 저작권법(Digital Millennium Copyright Act) 512(c)에 규정된 '통지 및 제거(notice and takedown)' 절차의 도입으로 평가하는 견해가 있으나⁷⁾, 위 규정은 미국 법의 '통지 및 제거' 절차에서 아이디어를 얻은 것은 분명해 보이지만 '통지 및 제거' 절차를 국내 법률에 도입한 것이라고 평가하기는 어렵다. 미국 저작권법상 'notice and takedown' 원칙의 요체는 간이한 접속차

단 및 재게시 절차를 두고, 정보통신서비스제공자가 법에 규정된 접속차단 및 재게시 절차를 거칠 경우 해당 정보의 유통과 차단행위에 대한 면책의 효과를 주는 것인데, 위 개정법을 제44조는 재게시 절차를 규정하지 않고 있고, 정보통신서비스제공자의 책임에 관해서도 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

오히려 이 규정은 정보통신서비스제공자의 책임 요건을 분명히 한 규정으로 이해하는 것이 옳다. 법원도 게시판 운영자가 “타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다”고 판단했고⁸⁾, 입안자도 위 규정을 사업자의 법적 책임에 관한 규정으로 해석했다⁹⁾. 실제로 법원은 온라인서비스제공자의 책임이 문제된 사안에서 온라인서비스제공자에게 이용자가 게시한 명예훼손의 게시글에 대해 조치를 취할 주의의무를 부과하는 근거로 위 개정규정 제44조를 제시하는 것이 일반적이었다.

임시조치제의 도입과 그 의미

1) 입법취지

‘연예인 X파일’, ‘개똥녀’ 등의 사건으로 인터넷 명예훼손에 대한 대응이 시급하다는 사회적 여론에 따라 정부는 ‘인터넷 역기능 대책반’ 등의 연구를 통해 2006년 2월 인터넷 실명제와 함께 임시조치제를 포함하는 내용의 정보통신망 개정법률안을 제안했고, 이 법률안의 주요 내용은 2007년 1월 개정법률에 포함되어 입법화되었다. 당시 입법과정에서 주로 ‘실명제’에 대한 논쟁이 이루어졌을 뿐, 임시조치제에 대한 논의는 거의 이루어지지 않았으나, 이후 임시조치제가 미친 제도적 영향은 실명제에 비교할 수 없을 정도로 컸다.

임시조치란 ‘해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치’를

말하며, 정보통신서비스제공자가 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에 30일 이내의 기간 동안 게시글에 대한 접속을 차단할 수 있는데, 이것을 임시조치라 한다(제44조의 2 제4항). 임시조치의 도입취지는 정보통신서비스제공자가 신속한 조치를 취하도록 하여 정보통신망을 통한 권리 침해 등 피해의 확산을 최소화하기 위한 것이다¹⁰⁾.

2) 운영의 현실

그런데 임시조치제가 도입된 이후 정보의 삭제 등을 요구받은 정보통신서비스제공자는 그 판단에 어려움이 있다는 이유로 해당 정보에 대한 접근을 차단하는 임시조치를 취하는 것이 일반화되었고, 이러한 조치 건수는 제도 도입 이후 다음의 표와 같이 해마다 증가해 2010년에는 10만여 건에 달했다.

〈임시조치 현황〉¹¹⁾

(임시조치 후 영구 삭제건수 포함 / 단위: 건)

연도 \ 사업자	Naver	Daum	Nate	합계
2008년	31,953건	27,454건	691건	60,098
2009년	37,342건	57,712건	1,449건	96,503
2010년 9월까지 (12월까지 추정치)	27,914건 (37,125건)	45,798건 (60,911건)	956건 (1,274건)	74,668 (99,310)

[자료: 방송통신위원회 / 재구성: 최문순 의원실]

정보통신망법은 임시조치 후의 절차에 관해 아무런 규정을 하지 않고 있으므로, 임시조치된 게시물에 대한 30일 이후의 절차는 오로지 정보통신서비스제공자에게 맡겨져 있다. 임시조치제 도입 초기에 국내 대형 정보통신서비스제공자들은 30일이 경과한 후 자동 복구되도록 하거나

30일이 경과한 후 자동 삭제되도록 하는 다양한 태도를 갖고 있었으나, 2008년 ‘촛불사태’로 불리는 격렬한 사회적 논쟁과정을 거친 후, 대부분의 서비스제공자들은 정보게재자가 30일 이내에 이의를 제기하지 않는 한, 임시조치 기간이 경과한 후 자동 삭제되도록 방침을 바꾸었다. 임시조치된 글의 정보게재자가 이의를 제기하는 비율은 극히 적은 것으로 알려져 있으므로(임시조치된 게시글의 5% 내외인 것으로 알려져 있다), 연간 10만여 건의 게시글이 권리침해를 주장하는 자의 피해주장 또는 피해에 관한 단순한 소명만으로 삭제되고 있는 것이 임시조치제의 현실이다. 임시조치제가 도입될 당시에 제기된 우려, 즉 OSP가 책임을 면하기 위해 임시조치를 선호함으로써 사이버언론에 대한 과잉억제를 가져올 수도 있고, 비대한 포털 권력에 전능한 검열권을 부여하게 될 수 있다는 우려¹²⁾가 현실화된 것이다.

임시조치의 가장 커다란 문제점은 적법한 게시글이 피해를 주장하는 자의 단순한 소명만으로 영구히 삭제된다는 점이다. 포털서비스 ‘다음’은 임시조치된 게시글에 대해 게시자가 이의를 제기할 경우 피해주장자의 동의를 얻어 방송통신심의위원회의 심의를 요청하는데, 2010년 1년 동안 ‘다음’이 요청한 596건의 사례 중 25건에 대해서만 시정요구 결정이 내려졌으므로(심의건수 대비 4%)¹³⁾, 이 수치를 단순 대입하면 임시조치된 게시글 중 96%가 타인의 권리침해와 무관한 적법한 게시글임에도 불구하고 삭제되고 있다고 추정할 수 있다. 표현의 자유라는 중요한 헌법적 권리가 인터넷에서 심각하게 침해되고 있는 것이다. 특히 공적인 논쟁사안이므로 거의 대부분 명예훼손과 무관한 것으로 보아야 할 게시글이 단지 공직자 또는 국회의원에 관한 언급이 있고 해당 공직자 등이 요구했다는 이유로 임시조치된 많은 사례를 보면¹⁴⁾, 임시조치가 어떻게 운용되고 있는지, 그리고 그 폐해가 무엇인지 쉽게 알 수 있다.

제도의 타당성과 대안

임시조치제가 현실에서 기능하는 역할과 그 효과가 중합에도 불구하고, 임시조치제에 관한 논의는 그리 활발하지 않다.

임시조치제에 대해서는 임시조치가 활성화되면 인터넷상 권리침해 분쟁의 예방과 해결에서 중요한 역할을 할 것이라고 하며 긍정적으로 보는 견해¹⁵⁾, 임시조치는 사적 검열의 문제를 촉발시켜 표현의 자유를 과도하게 억누른다는 점, 권리침해 정보는 당사자들의 문제이므로 의견을 청취하지 않는 이상 판단이 쉽지 않다는 점 등을 근거로 입법론의 측면에서 폐지되어야 한다는 견해¹⁶⁾, 과잉금지의 원칙에 위배되는 위헌적인 규정이라는 견해¹⁷⁾가 제기되고 있다.

임시조치는 타인에 대한 명예훼손, 사생활침해 등 개인적 권리에 대한 침해로 이유로 하는 사인 간의 분쟁에 관한 것이다. 이런 사인 간 분쟁에 대해서는 일반적인 분쟁해결 절차에 의하도록 하거나 사인 간의 분쟁해결을 위한 특별한 절차를 둬으로써 해결하는 것이 타당하다. 임시조치제는 외국에 선행이 없는 제도인 데다, 표현의 자유를 극히 제한하는 방식으로 운영되고 있는 위와 같은 현실을 고려할 때 제도적으로 폐지하는 것이 타당해 보인다¹⁸⁾.

실사 제도 자체를 폐기하는 것에 현실적인 어려움이 있다 하더라도, 제도의 타당성을 담보하기 위한 최소한의 안전장치가 시급히 마련될 필요가 있고, 그 방안은 사법적 심사체계의 도입일 수밖에 없다¹⁹⁾. 특히 현행 명예훼손분쟁조정부와 같은 임의적인 절차는 실효성이 떨어지므로, 법원의 정식 재판절차에 의하기 전의 사전절차로 법정기관을 두고 신속하고 간이한 절차에 따라 사안을 심리한 후 강제조정을 행할 수 있도록 하고, 법원에서 사후심사를 받도록 하는 방안²⁰⁾이 유일한 해결책일 것이다.

5. 인터넷 명예훼손과 온라인서비스제공자의 책임론

온라인서비스 이용자의 명예훼손적 게시물로 인한 책임을 그 표현행위자 외에도 온라인서비스제공자에게 함께 물을 경우 온라인서비스제공자는 자발적으로 명예훼손적 게시물을 찾아내 삭제할 것이므로 인터넷 명예훼손 행위가 감소할 수 있으나 반면에 과도한 개입으로 인해 표현의 자유가 침해될 가능성이 크다. 온라인서비스제공자의 책임론이 인터넷 명예훼손의 핵심적인 쟁점인 이유다.

이용자의 게시물로 인한 온라인서비스제공자의 책임론은 오랜 논쟁 끝에 대법원 판결에 의해 정리되었다. 명예훼손 분야에서 대법원 2009년 4월 16일 선고 2008다53812 전원합의체 판결이 선고되었고, 같은 기준은 이후 저작권 침해 사건의 판결(대법원 2010년 3월 11일 선고 2009다4343 판결)에도 그대로 적용되었다.

법원이 채택한 책임 인정의 기준은 “서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손(또는 저작권 침해) 게시물의 불법성이 명백하고, 위 서비스제공자가 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다”는 것이며, 온라인서비스제공자가 위 의무를 위반하는 경우 불법행위책임을 부담한다는 것이다.

위와 같은 ‘명백성’ 기준에 관해 적절하다는 입장과 비판하는 입장이 제기되었다. 적절하다는 견해의 취지는 인식 가능성에 대한 합리적 또

는 상당한 이유라는 요건 대신 ‘외관상 명백성’이라는 용어를 사용해 보다 객관적이고 엄밀한 기준을 설정한 것이라는 견해²¹⁾, 다수의견이 제시하는 책임인정요건은 명확하다고 보아야 하며, 그 인정범위는 엄격한 것이어서 이를 위반해 손해배상을 해야 할 경우가 많지 않을 것이라는 견해²²⁾ 등이다. 비판하는 견해의 취지는 온라인서비스제공자의 ‘객관적인 인식능력’으로 인해²³⁾ 또는 ‘외관상 명백한 경우’의 불명확성으로 인해²⁴⁾ 결국 사전 모니터링 또는 상시검열로 이어질 것이라고 우려하거나 인터넷 게시공간을 위협원이라고 보고 포털에 지나치게 높은 주의의무 내지 불합리한 감시의무를 부과한 것이라는 견해²⁵⁾, 자칫하면 저작권법 제102조 및 제103조의 골격을 우회적으로 부정하는 결과가 될 것이라는 지적도 있다²⁶⁾.

필자는 위 대법원 전원합의체 판결이 명백성 기준은 부족하지만 기존의 책임요건보다 좁은 책임요건을 인정하고자 하는 의도가 있으므로 이를 적극적으로 해석해 표현의 자유를 넓게 보장하는 계기로 이용하는 정책적 선택이 필요하다는 주장²⁷⁾을 했으나, 현실은 필자의 희망과 같이 전개되지 않고 오히려 반대로 진행되었다. 주요 포털서비스사업자들은 ‘장자연 리스트’ 사건과 같은 공적 관심사안에 대해서도 ‘피해자의 요구가 없음에도 인식 가능성이 외관상 명백한 경우’라고 볼 여지가 있다고 보고 게시물에 대해 적극적인 차단조치를 취하거나, 위와 같은 경우가 아니라 하더라도 인구에 회자되는 게시물(사람들의 호기심을 자극하는 이런 게시물은 거의 대부분 특정인의 명예에 관련되어 있다)에 대해 책임부담의 위험을 우려해 게시물 차단을 고민하고 항상 전전공급했다. 물론 불법성이 명백한 경우란 ‘사인(私人)의 사적(私的) 관심사안’에 관한 것으로 한정되고, 외관상 명백히 드러나는 경우란 검색어 순위 등을 통해 판단할 수 있다고 하며 그 판단이 어렵지 않다는 주장이 있으나²⁸⁾, 최근의 ‘버스 무릎너 사건’²⁹⁾과 같이 사적 관심사안인지 공적 논의의 대상인지 불명확하면서도

실시간 검색어 순위 상위를 차지한 경우, 하지만 그 대상자의 신상정보가 널리 퍼지는 것도 아니어서 '인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나는 경우'인지 알 수 없는 사안이 무수히 많이 발생하고 있어, 책임요건의 해당 여부를 판단하는 게 어렵지 않다는 위 주장은 타당하다고 볼 수 없다. 위 전원합의체 판결의 다수의견은 일반적인 방조책임에 비해 온라인서비스제공자의 책임요건을 좁게 설정하고자 의도한 것으로 보기는 하나, 현실에서 그러한 의도는 전혀 성공하지 못한 것으로 볼 수밖에 없는 이유다.

온라인서비스제공자의 책임범위를 좁히고자 한 위 전합판 다수의견의 의도가 성공하기 위해서는 '불법성이 명백한 경우', '게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백한 경우'에 관한 사례가 축적되고 그러한 사례에서 법원이 추상적인 요건을 예측 가능한 수준까지 구체화한 이후에나 가능할 것으로 보인다.

6. 결론을 대신하여 - 합리적인 피해구제 절차의 마련

인터넷에서 명예훼손, 모욕의 문제는 그 태동부터 표현권과 대립해 왔다. 명예훼손과 모욕 등으로 인한 피해는 사적인 권리의 침해이므로 원칙적으로 표현행위자와 피해자 사이의 사적인 분쟁해결 절차에 의해 해결되어야 하나, 보다 용이한 행정상의 제한이나 제도적 제한의 방법으로 문제를 해결하려다 보니, 표현의 자유에 대한 과도한 제한의 방식으로 제도적 장치가 마련되어 온 것이 아닌가 한다. 2010년을 기준으로 10만여 건의 게시물이 임시조치되었고 방송통신심의위원회의 명예훼손 심의건수도 수천 건에 달하나, 2010년 명예에 관한 죄(모욕죄 포함)로 형사기소된 사건 수는 2883건³⁰⁾에 불과해, 명예훼손의 피해자가 사법기관

을 통한 사후적 구제수단을 이용하는 사례는 많지 않다는 점이 이를 뒷받침한다. 이러한 결과는 잘 정비된 '임시조치제'와 인터넷에서 이루어지는 명예훼손이 사법적 구제수단을 동원할 정도로 크지 않은 경우가 많다는 특성이 모두 영향을 미쳤을 것이다.

사법적 구제수단을 동원하기 어려운 일반적인 인터넷 명예훼손이라도 이를 방지하는 것은 바람직하지 않으나, 그렇다고 합법적인 인터넷 게시물에 단지 피해자의 주장이 있다고 해서 '임시조치'되고 결국은 삭제되도록 방지하는 것도 표현의 자유를 보장하는 헌법적 원리에 부합하지 않는다. 결국 사법적 구제수단을 동원하기 어려운 일반적인 인터넷 명예훼손에 대한 신속한 구제수단을 제도화하는 방안이 합리적인 해결 방안일 것이다.

간이하고 신속한 구제수단은 두 가지 수단에서 가능하다. 하나는 간이하고 효율적인 분쟁해결수단이고, 다른 하나는 온라인서비스제공자의 연합조직에 의한 자율심의기구의 자율적인 통제방안이다.

임시조치제는 온라인서비스제공자에게 부당한 부담을 부여하거나 반대로 과도한 권력을 부여하는 잘못된 방식이므로, 효율적인 분쟁해결수단은 강제조정의 권한을 갖는 법정기관에 의하도록 해야 하고, 이 법정기관은 인터넷 명예훼손에 대한 관찰권만을 갖되 인터넷의 특성을 고려해 온라인 절차에 의하도록 하고 심리기간을 14일 내지 30일 이내의 기간으로 제한하며, 법정기관의 결정에 이의가 제기되면, 언론중재사건과 같이 자동으로 법원의 가처분심리절차로 이송되도록 하는 것이 바람직할 것이다.

온라인서비스제공자의 연합조직에 의한 자율심의기구는 이미 가동 중이다³¹⁾. 위 자율심의기구는 문화방송 사장의 신용카드 사용내역에 관한 게시물 삭제신청을 심의해 그 신청을 기각하고, 검사의 립살롱 접대 문제를 지적한 게시물 삭제신청에 대해서는 심한 모욕적 표현을 하고

있다는 이유로 신청을 받아들이는 등 균형 잡힌 판단을 하고 있는 것으로 평가되고 있다. 민간의 자율심의기구도 충분한 물적 지원이 이루어진다면 행정기관에 못지않은 균형 잡힌 판단을 할 수 있음을 보여준 좋은 사례며, 민간 기구이므로 정치적 영향력을 상대적으로 덜 받는다는 점에서 더 바람직할 수 있다.

이렇듯 인터넷 명예훼손에 대해서는 합리적인 피해구제 절차를 마련하는 방법으로 해결해야지, 선부른 행정규제, 법적 장치를 마련하는 것은 피해구제와 표현의 자유 보장 사이의 균형을 무너뜨리는 잘못된 방법일 가능성이 높다는 점에 유의해야 할 것이다.

주

- 1) 본서 중 '실명제'부분의 필자가 설민수, "익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점", 『사법논집』 48집, 2009, 269-270면을 인용하며 작성한 표를 일부 수정한 것이다.
- 2) 김기창, "인터넷 실명제의 기술적, 사업적, 법적 문제점", 『인권과 정의』 395호, 대한변호사협회, 2009
- 3) 우지숙 외2, "인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구 : 제한적 본인확인제 시행에 따른 게시판 내 글쓰기 행위 및 비방과 욕설의 변화를 중심으로", 『행정논총』 48권 1호, 서울대학교, 2010
- 4) 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결, 2000. 2. 11. 선고 99도3048 판결, 신동운 "출판물에 의한 명예훼손죄와 출판물의 개념", 『고시연구』 25권 3호, 1998
- 5) 박용상, 『명예훼손법』, 현암사, 2008, 1239면
- 6) 개정법률안은 법률의 제명을 '개인정보 보호 및 건전한 정보통신질서확립 등에 관한 법률'로 변경하는 것이었으므로, '통신질서확립법'이라고 약칭되기도 했다.
- 7) 황창근, "ISP의 정보통신망법상 임시조치", 『정보법학』 제13권 제3호, 한국정보법학회, 2009, 258면
- 8) 서울지법 2001년 4월 27일 선고 99나74113 판결(대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결로 상고기각, 위 두 판결 모두 공간되어 있지 않아 정상규, "인터넷과 명예훼손", 『언론관계소송』(재판실무연구1), 2007, 310면에서 재인용)
- 9) 방석호, "통신질서확립법에 대한 비판적 검토", 미래산업연구회(김영춘, 원회령 의원실) 주최 정보화의 역기능과 표현의 자유 토론회 자료집, 2000. 9. 19.
- 10) 2006년 10월 9일자 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(정부제출, 의안번호 5118호) 제안 이유
- 11) 국회의원 최문순의 2010년 11월 16일자 "표현의 자유 침해 '임시조치' 해마다 증가" 제목의 보도자료
- 12) 박용상, 『명예훼손법』(주 5), 1443면
- 13) "위기의 방송통신심의위, 무엇이 문제인가" 토론회 자료집, 2011. 5. 12., 51면. 참고로 2010년도 명예훼손을 이유로 하는 방송통신심의위원회의 심의건수

- (1,925건) 대비 시정요구 건수(445건)의 비율은 23.1%다.([제1기 방송통신심의위원회 백서], 2011. 4., 160면)
- 14) 박경신, “인터넷임시조치제도의 위헌성-‘남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라’”, 『중앙법학』 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009. 10., 11면
- 15) 황창근, “ISP의 정보통신망법상 임시조치”(주 7), 259면
- 16) 송백현, “정보통신망법 권리침해 정보에 대한 임시조치 및 불법정보에 대한 행정규제에 관한 고찰”, 한국정보법학회 2012년 2월 사례연구회 발표문, 20면
- 17) 박경신, “인터넷임시조치제도의 위헌성-‘남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라’”(주 14), 40면
- 18) 원고를 완성한 이후 편집작업 진행 중에 임시조치제가 합헌이라는 헌법재판소의 결정이 선고되었다. 헌법재판소는 2012년 5월 31일 2010헌마88호 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의 2 제2항 위헌확인사건에서, “사생활 침해, 명예훼손 등 타인의 권리를 침해할 만한 정보가 부분별하게 유통됨으로써 타인의 인격적 법익 기타 권리에 대한 침해가 돌이킬 수 없는 상황에 이르게 될 가능성을 미연에 차단하려는 공익은 매우 절실한 반면, 이 사건 법률조항으로 말미암아 침해되는 정보게재자의 사익은 그리 크지 않다”는 이유 등을 제시하며, 청구인의 위헌주장을 배척했다.
- 19) 박용상, “인터넷 실명제와 ISP의 책임 : 입법적 고찰”, 『언론과 법』 제5권 제1호, 한국언론법학회, 2006, 514면
- 20) 박용상, 『명예훼손법』(주 5), 1444면
- 21) 시진국, “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임-대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체판결 평석”, 『저스티스』 114호, 2009. 12., 한국법학원, 357면
- 22) 문재완, “인터넷상의 명예훼손과 인터넷포털사이트의 법적 책임-대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결을 중심으로”, 『공법연구』 제38집 제1호 제2권, 2009. 10., 한국공법학회, 69, 73면
- 23) 유지숙, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임 기준의 현실적 타당성과 합의”, 『LAW & TECHNOLOGY』 제5권 제4호, 2009. 7., 서울대학교 기술과법센터, 94면
- 24) 정상조, “명예훼손에 대한 포털의 책임”, 『서울대학교 법학』 제51권 제2호, 2010, 서울대학교 법학연구소, 257면

- 25) 정상조, 위의 글, 256면
- 26) 박준석, 본서의 ‘온라인서비스제공자의 책임’ 부분 참조
- 27) 김기중, “2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체판결의 의미”, 한국인터넷자율정책기구(KISO) 발표자료, 2009. 4. 28.
- 28) 문재완, “인터넷상의 명예훼손과 인터넷포털사이트의 법적 책임-대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결을 중심으로”(주 22), 73면
- 29) 부산에서 서울로 가는 고속버스가 사고로 길에서 3시간을 정차했는데, 이 과정에서 한 여자 승객이 아버지뻘의 버스기사에게 무릎 꿇고 사과하라고 하여 버스기사가 사과하는 사진이라는 설명과 함께 나이 든 남성이 젊은 여성 앞에서 무릎 꿇고 있는 사진이 널리 퍼진 사건이다. 이 사건은 다른 목격자가 사실을 밝히며 일단락되었는데, 사실은 고장 난 고속버스로 인해 밤늦은 시간에 고속도로 갓길에 서 있던 승객들이 새벽에 도착한 버스회사 관계자에게 항의를 하자, 회사 측 관계자가 상황을 정리하기 위해 무릎을 꿇은 것이지, 젊은 여자가 나이 든 남자의 무릎을 꿇도록 한 것이 아니라는 정도로 알려졌다. ‘버스 무릎녀’라는 단어는 ‘배이버’의 2012년 4월 18일자 ‘실시간 급상승 검색어’의 상위를 차지했다.
- 30) 『2010년 사법연감』, 인터넷 명예훼손만을 따로 분류하는 통계 및 명예훼손을 이유로 하는 손해배상 사건에 관한 통계는 따로 없다. 다만, 형사기소된 사건수에 의해 인터넷 명예훼손 사건에 관한 규모를 대략 가늠해 볼 수 있을 것이다.
- 31) 한국인터넷자율정책기구의 웹사이트(<http://www.kiso.or.kr>) 참조

참고 문헌

- 제1기 방송통신심의위원회 백서, 2011. 4.
- 박용상, 『명예훼손법』, 현암사, 2008
- 김기창, “인터넷 실명제의 기술적, 사업적, 법적 문제점”, 『인권과 정의』 395호, 대한변호사협회, 2009
- 문재완, “익명표현의 자유에 관한 연구”, 『언론과 법』 제4권 제2호, 한국언론법학회, 2005
- 문재완, “인터넷상의 명예훼손과 인터넷포털사이트의 법적 책임-대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결을 중심으로”, 『공법연구』 제38집 제1호 제2권, 한국공법학회, 2009. 10.
- 박경신, “인터넷임시조치제도의 위헌성-남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라”, 『중앙법학』 제11집 제3호, 중앙법학회, 2009. 10.
- 박경신, “인터넷 실명제의 위헌성”, 『헌법학연구』 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009
- 박용상, “인터넷 실명제와 ISP의 책임 : 입법적 고찰”, 『언론과 법』 제5권 제1호, 한국언론법학회, 2006
- 방석호, “통신질서확립법에 대한 비판적 검토”, 미래산업연구회(김영춘, 원희룡 의원실) 주최 ‘정보화의 역기능과 표현의 자유 토론회’ 자료집, 2000. 9. 19.
- 송백현, “정보통신망법 권리침해 정보에 대한 임시조치 및 불법정보에 대한 행정규제에 관한 고찰”, 한국정보법학회 2012년 2월 사례연구회 발표문
- 시진국, “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임-대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체판결 평석”, 『저스티스』 114호, 한국법학원, 2009. 12.
- 신동운, “출판물에 의한 명예훼손죄와 출판물의 개념”, 『고시연구』 25권 3호, 1998.2.
- 우지숙, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임 기준의 현실적 타당성과 함의”, 『LAW & TECHNOLOGY』 제5권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2009. 7.
- 우지숙 외2, “인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구 : 제한적본인확인제

시행에 따른 게시판 내 글쓰기 행위 및 비방과 욕설의 변화를 중심으로”, 『행정논총』 48권 1호, 서울대학교, 2010

- 정상규, “인터넷과 명예훼손”, 『재판실무연구(1) 언론관계소송』, 2007
- 정상조, “명예훼손에 대한 포털의 책임”, 『서울대학교 법학』 제51권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2010
- 조소영, “인터넷 실명제의 의의와 한계”, 『언론과 법』 제10권 제2호, 언론법학회, 2011
- 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 『성균관법학』 제23권 3호, 2011
- 참여연대 등, “위기의 방송통신심의위, 무엇이 문제인가” 토론회 자료집, 2011. 5. 12.
- 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 『법학논총』 제25집 제1호, 한양대학교, 2008
- 황창근, “ISP의 정보통신망법상 임시조치”, 『정보법학』 제13권 제3호, 한국정보법학회, 2009