

정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제

■ 일 시 : 2008년 12월 4일(목) 13:00~20:00

■ 장 소 : 전북대학교 법학전문대학원 본관 가인홀

13:20-14:00 제1부 개회식 및 기초발제

사 회 : 송문호 (전북대 법대교수)

개회사 김용섭 (전북대학교 법학연구소장)

축 사 박상기 (한국형사정책연구원장)

환영사 서거석 (전북대학교 총장)

기초발제 인터넷의 딜레마와 인권

발 표 이광윤 (법치행정연구회 회장, 성균관대 법대교수)

14:00-18:00 학술대회

좌 장 : 김승환 (전북대 법대교수)

14:00-14:50 제1주제 : 인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론

발 표 : 정영화 (서경대 법학과 교수)

토 론 : 김민중 (전북대 법대교수)

남복현 (호원대 법경찰학부 교수)

14:50-15:40 제2주제 : 인터넷상에서의 명예훼손의 실태와 대책

발 표 : 김태명 (전북대 법대교수)

토 론 : 김종률 (전주지방검찰청 군산지청장)

임정호 (한국형사정책연구원 전문연구원)

15:40-16:00 Coffee break

16:00-16:50 제3주제 : 인터넷모욕죄의 신설방향의 고찰

발 표 : 윤해성 (한국형사정책연구원 부연구위원)

토 론 : 오영근 (한양대 법대교수)

김정선 (변호사, 한국여성변호사회 회장)

16:50-17:40 제4주제 : 인터넷실명제의 법정책적 과제

발 표 : 정준현 (단국대 법대학장)

토 론 : 김희곤 (우석대 법학과 교수)

황규표 (변호사, 전북민변회장)

17:40-18:00 제3부 종합토론

18:00-20:00 제4부 만찬

목 차

제1부 개회식 및 기조발제

개회사	김 용 섭	1
축사	박 상 기	3
환영사	서 거 석	4
기조발제 : 인터넷의 딜레마와 인권	이 광 윤	9

제2부 학술대회

제1주제 인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론

· 발표문	정 영 화	15
· 토론문	김 민 중	55
· 토론문	남 복 현	61

제2주제 인터넷상에서의 명예훼손의 실태와 대책

· 발표문	김 태 명	69
· 토론문	김 종 료	91
· 토론문	임 정 호	93

제3주제 인터넷모욕죄의 신설방향의 고찰

· 발표문	윤 해 성	97
· 토론문	오 영 근	125
· 토론문	김 정 선	129

제4주제 인터넷실명제의 법정책적 과제

- 발표문정 준 현·135
- 토론문김 희 곤·155
- 토론문황 규 표·161

개 회 사

이웃간의 따스함이 그리워지는 세한(歲寒)의 계절에 전북대학교 법학전문대학원 본관 가인홀에 참석하신 여러분을 모시고, 전북대학교 법학연구소와 한국형사정책연구원 공동으로 학술대회를 개최하게 된 것을 매우 영광스럽고 기쁘게 생각합니다.

오늘날 정보사회에서 인터넷은 일상생활 속의 필수적인 통신매체이자 정보공유의 수단으로 자리잡게 되었습니다. 익명성에 기초한 악성 댓글의 범람 등 인터넷 환경의 변화로 인해 표현의 자유와 명예보호 양자간의 법익충돌이 발생하게 됩니다. 표현의 자유가 보장되어 정보의 자유로운 생성과 유통이 가능하게 되면 국민들은 그 정보의 기반 위에서 올바른 의사결정을 할 수 있게 되며, 정치적으로도 간접민주주의에 대한 보완적 기능을 수행할 수 있게 됩니다.

그러나 악성 댓글 등 표현의 자유에 대한 과도한 보장은 개인의 프라이버시 침해 등 다른 법적 가치와의 충돌이 불가피 하게 됩니다. 이와 관련하여 최근 인터넷상에서 악플의 사회적 문제에 적절히 대처하고, 바람직한 입법방향을 제시하기 위해 전북대학교 법학연구소와 한국형사정책연구원은 공동으로 “정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제”라는 주제로 학술대회를 개최하게 되었습니다.

이번 학술대회는 “정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제”에 대한 다각적인 논의를 토대로 정보사회에서의 인권의 소중함을 인식함과 아울러 인터넷상에서의 법률문제와 명예훼손의 문제를 심도있게 논의함과 아울러 악성 댓글 등의 일부 왜곡된 인터넷 문화에 대한 바람직한 제도적 개선방안을 모색하려고 합니다. 사이버 모욕죄의 도입과 신설이 바람직한 것인지, 아울러 인터넷 실명제의 정착을 위한 입법정책적 방향등이 논의 될 것입니다. 오늘의 학술대회는 인터넷 환경의 변화에 따른 법적, 제도적 보완장치 마련과 바람직한 인터넷 법제개선에 기여하게 될 것입니다.

이번 학술행사가 이루어지는 과정에서 특히 저희 법학연구소의 학술행사의 기획취지에 찬동하시어 공동 주최를 흔쾌히 수락하시고 물심양면의 지원을 아끼지 않으신 박상기 한국형사정책연구원장님께 감사드립니다. 오늘의 진행과 관련하여 법치행정연구회 회장직을 맡고 계시는 이광윤 교수님께서 “정보사회와 인권보장”이라는 주제로 기조발제를 해주실 것입니다. 그리고 제2부 학술행사는 4개의 소주제로 나누어 법학계와 법조실무계에서 활발하게 활동하시는 권위자분들께서 발표와 토론을 맡아주실 겁니다.

오늘의 학술대회가 성공적으로 이루어져 인터넷과 관련한 법률문제에 올바르게 대처하고, 정보사회에 있어서의 인터넷관련 입법정책의 바람직한 방향제시를 통하여 한국의 법률문화의 향상에 이바지하게 되길 희망합니다. 아울러 참석하신 모든 분들의 고견을 더하여 알차고 빛나는 학술교류의 장이 되기를 바랍니다. 감사합니다.

2008. 12. 4.

전북대학교 법학연구소장 김 용 섭

축 사

안녕하십니까.

오늘 전북대학교 법학연구소와 한국형사정책연구원이 공동으로 주최하는 “정보사회와 인터넷상의 법률문제”라는 주제의 학술회의가 개최된 것을 진심으로 축하합니다. 주지하다시피 인터넷을 통한 정보화 사회의 출현은 기존의 문화를 변화시켰을 뿐만 아니라 새로운 문화현상을 낳고 있습니다. 그리고 법적인 측면에서도 새로운 환경이 조성되어 많은 순기능과 역기능이 병존하는 상황이 되었습니다.

문화는 사회적 현상으로서 그 흐름을 인위적으로 조종할 수도 없고, 변화의 방향을 정확하게 예측하기도 어렵습니다. 특히 법적인 측면에서는 사회변화를 선도하기 보다는 이를 추종하는 것이 피할 수 없는 속성이기도 합니다. 그러나 정보화 사회에서 인터넷으로 인한 역기능적 현상을 제어하면서 동시에 순기능을 제고하는 역할을 하여야 한다는 점에서 역시 법적 문제의 검토는 매우 중요하다고 하지 않을 수 없습니다. 이번 학술회의는 이러한 관점에서 볼 때 의미가 크다고 생각합니다.

오늘 학술회의를 준비하신 전북대학교 법학연구소장 김용섭 교수님, 그리고 발표와 토론, 사회를 맡아주신 분들께 이러한 학술회의가 개최될 수 있도록 수고해 주신 점을 감사드립니다. 그리고 학술회의의 결과가 오늘의 주제에 관한 우리 사회의 논의에 발전적으로 기여할 수 있게 되기를 기대합니다. 감사합니다.

2008. 12. 4.

한국형사정책연구원 원장 박 상 기

환 영 사

먼저 쌀쌀한 날씨에도 불구하고 한국형사정책연구원과 우리 전북대학교 법학연구소가 함께 준비한 학술대회에 참석하여 주신 내외 귀빈 여러분을 뜨겁게 환영하며, 전북대학교 가족을 대표하여 감사의 말씀을 드립니다.

우리 전북대학교는 61년의 역사를 가진 호남·충청 지역 최초의 국립대학으로, 세계 유수의 대학들과 어깨를 나란히 하기 위해 구성원 모두가 일신우일신하는 자세로 최선을 다하고 있습니다.

특히 지난해 우리 대학은 세계 100대 대학으로 도약하겠다는 목표를 세우고 대학의 여러 시스템을 정비하였습니다.

교수들의 연구 역량과 교육의 질을 높이고, 학생들을 글로벌 리더로 양성하기 위하여 새롭고 다양한 프로그램을 도입하였으며, 행정 분야에서는 고객만족의 개념을 적용하여 질 높은 행정 서비스를 제공하고 있습니다.

오늘날과 같은 정보화 사회에서 인터넷은 일상생활 속의 필수적인 커뮤니케이션 수단으로 자리 잡았습니다. 그러나 이로 인해 파생되는 사회 문제 또한 매우 심각한 수준에 이르고 있습니다. 인터넷의 일상화는 표현의 자유와 명예 보호라는 법적 충돌을 가져왔습니다.

이러한 때에 전북대학교 법학연구소와 한국형사정책연구원이 인터넷 악플의 사회적 문제에 적절히 대처하고, 바람직한 입법 방향을 제시하기 위해 마련한 이번 학술 대회는 매우 시의적절하다 할 것입니다.

저는 오늘의 학술대회가 '정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제'에 관한 다각적인 논의를 통하여 인터넷 이용환경의 개선과 건강한 인터넷 문화조성을 위한 바람직한 입법의 정책적 방향을 제시하는 소중한 기회가 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

모쪼록 이번 학술대회가 인터넷 강국으로서 인터넷에 관한 바람직한 법
정책적 방향을 모색하고, 한국사회의 사법제도의 발전에도 기여하는 유익
하고 알찬 학술적 향연이 되기를 기대합니다.

아울러 기조연설을 해주실 이광운 법치행정연구회 회장님과 경향각지에
서 발표와 토론을 위해 참석해 주신 서경대 정영화 교수님, 한양대 오영
근 교수님, 김종률 전주지방검찰청 군산지청장님, 김정선 한국여성변호사
회 회장님을 비롯한 내외 귀빈 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

다들 건강하시고 댁내 행복이 가득하시길 기원합니다. 감사합니다.

2008. 12. 4.

전북대학교 총장 서 거 석

【기조발제】

인터넷의 딜레마와 인권

이 광 윤

(법치행정연구회 회장, 성균관대 법대교수)

인터넷의 딜레마와 인권

이 광 윤 (성균관대 법대교수)

오늘날 정보화 시대에 있어서 인터넷은 딜레마를 던져줍니다. 표현의 자유와 사생활의 보호라고 하는 법익이 충돌하고, 익명성에 의한 민주주의의 신장과 여론조작이라고 하는 정치적 이해가 충돌하며, 기술의 발전에 의한 보호하려는 법익이 허상화 될 수 있는 현실과 법제가 충돌되고 있습니다.

표현의 자유의 연장선상에서 또 민법상의 원칙에 따라 미국과 서유럽을 비롯한 각국은 인터넷의 익명성을 권리로 보장하고 있습니다. 1776년 토마스 페인은 그의 저서 “상식”(Common Sense)을 출간하면서 저자를 ‘한 영국인’으로 사인하여 익명으로 출간하였습니다. 미국헌법안을 비준하도록 뉴욕 주민들을 설득시킨 1787년-1788년 사이의 Federalist Papers도 “Publius”라는 필명을 사용하였습니다. 미국 헌법은 언론의 자유를 보장하고 있기 때문에 언론의 자유를 제한하는 모든 시도는 헌법에 반하므로 위법합니다. 미연방최고법원이 익명으로 정치에 참여할 권리를 인정한 것은 1938년 Lovell v. Griffin 사건에서였습니다. 비교적 최근인 2002년 6월 17일 미연방최고법원은 “익명은 다수의 독재를 막는 방패가 된다”고 판결하였습니다. 이와 같이 익명은 법적으로 보장받고 있는 것으로 보이지만 다른 한편 최근 인터넷의 익명성, 신속진과성, 대중성 등을 악용한 명예훼손, 성폭력 등 인권침해의 사례가 급증하고 있으며, 음란, 도박, 자살, 폭력 등 반사회적 불건전정보는 사회의 기본가치를 파괴하고, 사회 안정을 침해하며, 청소년의 건전한 인격형성을 저해하는 등 인터넷의 역기능을 발생시키고 있습니다. 사이버폭력은 주로 언어적 침해행위로서 대부분 게시판, 댓글, 퍼나르기, 문자메세지를 통해 이루어지고, 블로그, 인터넷카페 등 사이버커뮤니티, 미니홈피, 모바일 등에 의하여 확대, 재생산되고 있습니다. 우리나라의 경우 정보 통신 윤리위원회가 심의하여 시정을 요구한 명예훼손, 음란, 폭력 등 사이버 폭력 건수는 2003년 18,031건에서 2005년에는 42,643건으로 증가하였고, 상담 건수는 2001년 1,054건에서 2005년에는 8,406건으로 증가하여 매년 사이버 폭력이 급증하고 있음을 알 수 있습니다. 특히 사이버폭력의 일반내용인 명예훼손과 언어폭력을 포함한 폭력, 간혹, 혐오 부분의 2005년 시정요구건수가 2004년보다 3~4배정도 크게 증가한 것으로 나타나고 있습니다. 이는 실시간과 쌍방향성을 본질로 하는 인터넷

이 여론형성, 토론문화, 정보소통의 중요한 수단으로 자리매김하면서 긍정적인 기능을 하고 있음에도 불구하고 상당수의 토론 및 대화의 내용이 근거 없는 비방, 폭력적이고 혐오스러운 글로 전달되고 있다는 것을 보여주는 것으로 해석이 됩니다. 2006년 정보통신윤리위원회의 악플 실태에 관하여 핫 이슈가 된 특정뉴스에 대한 표본조사결과전체 댓글 중 악플이 차지하는 비율이 50%를 상회하는 것으로 나타난 것은 사이버폭력의 심각성을 여실히 보여주는 것이라 하겠습니다. 최근 외교상의 고민거리로 까지 등장하고 있는 한중 젊은이들의 상호 불신감의 증대도 악플에 의한 영향이 크다고 합니다. 따라서 익명성을 무기로 한 표현의 자유를 제한하기 위하여 오늘 우리가 다루고자 하는 인터넷상에서의 명예훼손죄, 인터넷모욕죄, 그리고 인터넷실명제가 논의되고 있습니다. 표현의 자유는 인권을 신장시켜 주는 것인데 이 표현의 자유가 다른 사람들에게 심리적 폭력을 가하여 인권을 훼손시키는데 딜레마가 있습니다. 다른 한편으론 익명성의 보장이 사생활을 보호하는 한편 익명성을 이용하여 다른 사람의 사생활을 서슴없이 노출시켜 명예훼손 등의 인권 침해를 유발 하고 있고, 익명성에 숨어서 범죄행위가 일어나기도 합니다. 특히 범죄예방을 위한 전화감청에 비하여 인터넷의 익명성은 훨씬 더 보장되고 있기 때문에 PC방과 같은 공공장소에 대한 신분확인이 논의 되고 있습니다. 이미 테러리스트를 포함한 범죄자 들은 교신을 위하여 전화사용을 기피하고 인터넷을 활용하고 있다고 합니다. 따라서 사회질서와 자유권 사이에 충돌이 일어나게 되는데 현대 민주주의의 운영원칙은 제1차적으로 평등권을 최대한 보장하되 자유권을 위협하지 않는 한도 내에서 보장 하며, 제2차적으로 자유권을 최대한 보장하되 안전권이 위협받기 전까지 보장하는 것이지만 안전, 자유, 평등 순으로 가치가 우선되기 때문에 안전을 위한 자유권의 제한은 필수적일 수 밖에 없습니다. 문제는 그 제한의 폭이 어디까지냐 하는 범위가 문제되는데 오늘 이어질 발표와 토론을 통해서 적절한 범위가 밝혀졌으면 합니다.

다음으로 정치적 이해의 충돌에 대하여 살펴보면, 강압적인 정치체제하에서의 익명은 정치적 견해로 인한 박해를 피할 수 있는 수단이며 민주적인 국가에서도 종종 정치적 견해들이 박해받고 있다고 주장되고 있는 것이 현실이므로 익명성의 보장이 정치적 견해의 표명을 보장하는 수단이 되고 있습니다. 또 익명에 의하여 견해표명에 대한 보다 객관적인 평가를 받을 수가 있고, 사회적 신분이나 성별, 연령 등에 의한 차별이 없는 평등한 의사소통이 이루어집니다. 그러나 현실적으로는 모든 나라에서 인종적인 견해표명, 국시위반, 반역 등 정치적 견해의 표명에 대한 제한을 가하고 있는 반면 항상 이 금기를 넘어서려는 사람들이 존재한다는 딜레마가 있습니다. 또한 익명을 이용한 여론 조작, 여론 호도 등에 의하여 실질적으로는 평등하지 않은 의사소통이 이루어질 수도 있다는 딜레마가

존재합니다. 또 한편에서는 익명에 숨어서 청소년들이 유해정보에 접근 할 수도 있지만 익명에 의하여 미성년자들이 미성년자의 임신이나 성적 질병 등에 대한 정보에 접근하고 대처할 수도 있는 장점이 있고, 성인들의 경우도 우울증, 기타의 말 못할 고민을 해소하고 다른 사람들의 도움을 받을 수도 있습니다. 따라서 익명은 유용하기도 하고 유해하기도 하기 때문에 익명성의 옹호자들과 제한주의자들의 주장은 평행선을 달리고 있습니다. 그러나 분명한 것은 익명성의 부작용을 줄이기 위하여 실명제로 나아가는 정책을 추진하는 것은 국민의 자유를 제한하기 때문에 매우 인기가 없는 것으로 정치적 부담이 된다는 것입니다. 정치세력들은 한편으로는 익명성을 제한할 필요를 느끼면서 다른 한편으로는 익명성을 활용한 대중조작을 통한 정치적 이익의 획득에 골몰하는 딜레마를 연출할 것입니다.

그러나 과연 인터넷상의 익명은 존재하는 것인가? 라는 익명과 사생활 보호법제를 무산시키는 매우 당혹스런 딜레마가 엄연히 존재합니다. 인터넷을 전화선이나 케이블 선에 연결시켜 사용할 경우 전화나 케이블은 실명으로 가입하므로 신분이 노출될 수밖에 없고, PC의 구입에 사용되는 판매 계약, 신용카드 등 신분 노출은 다양한 루트를 통해 이루어집니다. 사이트에의 회원 가입 역시 신분확인이 필요하기 때문에 사실상 순수한 익명이란 이러한 모든 노출을 피해 갈 수 있는 극소수의 치밀하고 계획적이며 고도의 기술을 갖춘자 만이 가능하다고 하는 딜레마가 존재합니다. 칩이 내장되어 있는 신용카드를 지닌 채 어디에 숨어서 익명으로 인터넷에 접속한다고 가정해 보기로 합시다. 그러면 그 시간에 어느 PC를 사용하는 사람이 누구인지는 쉽게 알 수 있는 것이겠지요. 또 핸드폰 위치추적을 통하여서도 마찬가지로 결과를 가져올 것입니다. 그렇다면 익명에 의한 사생활의 보호란 허상이 될 수도 있습니다. 위성항법장치와 기지국 정보를 결합하는 방식으로 이루어 지는 위치기반 서비스는 사생활에 대한 심각한 침해를 야기 하기 때문에 정보주체의 사전 동의 및 위치정보수집자의 사전 고지의무 등을 입법에 규정하고 있지만 정보주체는 무심코 사전동의를 망각한 채 인터넷에 접속하기 마련입니다. 폐쇄 TV회로의 만연도 위치기반 서비스와 유사한 문제와 효과를 가져옵니다. 이렇게 과학 기술의 발전에 따라 물리적인 '사생활의 비밀'은 의도적인 비밀만 존재할 수 있기 때문에 이를 규제하는 법규는 인간을 존중하는 목적 윤리(téléologique)를 담고서 새로운 환경에 효과적으로 대응할 필요가 있습니다. 다른 한편으로는 기술의 발전에 따라 인터넷 상에서 '익명재전송' 시스템을 활용하여 IP주소를 완전히 감출 수도 있습니다. 또 외국을 우회하여 IP주소를 감추는 방법도 동원되는데 이미 마약업자, 금융사기조직, 테러 리스트, 음란 산업 등을 위하여 활용되고 있기 때문에 기술력의 발휘에 따라서는 완벽한 익명을 확

보할 수도 있습니다. 이렇게 되면 익명의 보호, 비보호의 문제는 법제가 아니라 기술력의 발휘에 달려있게 될 것입니다. 이런 환경에서 표현의 자유, 알권리, 개인 정보보호, 사생활 보호 등의 법리가 어떻게 해석되고 운영되어야 할 것인가 하는 문제가 우리 앞에 과제로 남아있습니다.

오늘의 학술대회가 이런 딜레마들을 풀어가는 계기가 되기를 바라며 저에게 이런 기회를 마련해 주신 김용섭 전북대학교 법학연구소장님께 감사를 표합니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

【제 1 주제】

인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론

발 표 : 정 영 화 (서경대 법학과 교수)

토 론 : 김 민 중 (전북대 법대교수)

남 복 현 (호원대 법경찰학부 교수)

인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론

정영화 (서경대 법학과 교수)

I. 서론

1. 인터넷 규제와 거래비용의 관계

정보사회'는 정보통신기술의 혁명으로 인터넷과 통신네트워크의 보편화로 정보의 부가가치를 높이고, 또한 대량 정보유통을 위한 '초고속정보망'을 기반으로 정치, 경제, 사회의 모든 영역의 제도와 조직뿐만 아니라 가치관과 생활양식이 급속도로 변화하는 사회로 정의할 수 있다. 즉 정보사회는 개인이나 단체는 국경을 초월하여 신속하고 방대한 정보량을 활용하는 지식분업화로 생활방식과 제도 및 조직 등에서 근본적인 변화가 일어나고 있다.¹⁾

첫째, 정보통신기술은 기존의 정보수집과 가공 및 유통상의 한계인 시간과 공간 등 물리적 장애를 극복하여 어느 때보다 정보생산과 유통이 활발하게 이루어져서 인간의 자아실현과 행복추구 등 자유영역의 확장으로 자유국가의 이념에 부합된다.

둘째, 정보사회는 기술과 지식의 확산에 의해서 사회의 경제적 후생과 인간의 삶의 질을 향상시키고, 또한 모든 교육수준에 있어서 다양하고 보편적인 서비스와 새로운 고용창출의 기회를 폭넓게 제공한다는 점에서 실질적 사회국가를 구현한다.

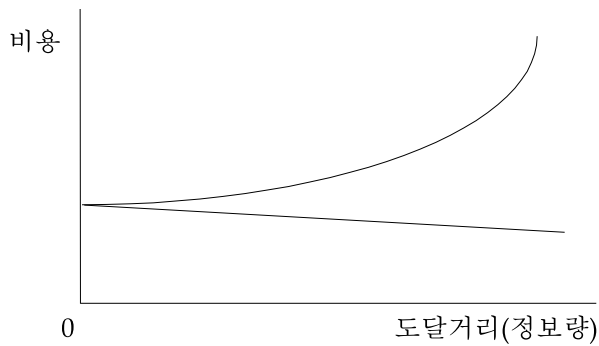
셋째, 정보유통은 개인(단체)과 국가의 비공식관계도 정보공유에 의한 공식관계를 확립하여 개인과 단체의 보호권((Schutzrechte), 참여권(Teilhaberechte), 정치적 협력권(politische Mitwirkungsrechte)으로서 기본권의 기능을²⁾을 강화함으로써 실질적인 법치국가 내지는 문화국가이념을 실현할 수 있게 되었다.

1) 정영화, "전자정부에서의 공공정보의 접근 및 유통에 관한 법정책 연구", 공법연구, 제 27권 2호, 한국공법학회, 1999.6, 294쪽

2) 기본권의 기능에 관하여 참조. Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3., erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlags KG, 1989, SS.197-319

한편, 정보사회의 특징은 인간의 제한된 합리성과 정보의 비대칭성에 따른 거래비용의 발생을 고려하지 않을 수 없다는 점이다.³⁾ 특히 정보사회는 개인이나 단체 등이 정보수집과 분석을 위한 거래비용은 종전에 수집한 정보량에 비례하여 거래비용을 지불하던 사회구조와는 비교할 수 없을 정도로 절감되고 있다. 이를 표로 설명하면, 정보의 거래비용은 정보량이나 정보도달거리에 비례하였기 때문에 정보생산에 한계가 있었으나, 오늘날 정보사회는 초기의 인프라에 대한 매몰비용을 고려하면 정보의 거래비용이 현저히 낮아지고 있음을 알 수 있다.

(표-1) 정보비용과 정보범위 (정보량)



다른 한편, 정보의 거래비용 감소는 개인이나 단체의 행위, 제도 및 조직에 큰 영향을 미치고 있다. 거래비용은 시장조건을 이용하는데 수반되는 모든 비용을 의미한다. 또한 제도는 공식적 제약과 비공식적 제약 두 가지로 구분하면, 전자는 성문법, 행정명령 등의 공권력에 의한 강제력이 담보되며, 후자는 윤리도덕, 관습, 공유지식 등과 같이 강제력이 공식적 제약보다는 미약하다. 그리고 정보사회의 구조는 대부분 계약관계에 의하여 형성되는 것이 일반적인 모습이다. 따라서 그 계약관계는 비대칭적 정보 때문에 행위자의 사전적 및 사후적 기회주의

3) 정보의 비대칭성(asymmetry of information)이란 경제행위의 두 당사자중 일방은 객관적 사실을 알거나 상대방을 관찰할 수 있지만, 다른 일방은 이에 대한 정보를 알지 못하는 경우를 지칭한다. 즉 결여된 정보가 무엇인가에 대해서 감추어진 행위와 감추어진 비용(규칙)에 따라서 도덕적 해이(moral hazard)와 역선택(adverse selection)의 문제가 발생하게 된다. 전자는 사후적 기회주의의 문제이고, 또 후자는 사전적 기회주의의 문제이다. 예컨대 자동차 보험에 가입하는 운전자가 일단 보험에 들면 안전운행에 있어서 주의를 소홀히 하는 경향을 보이는 경우가 도덕적 해이의 문제이고, 또 생명보험의 가입자가 보험계약을 체결하기 전에 자신의 과거 병력이나 건강상태에 관하여 숨기는 경향을 보이는데 이는 보험료의 부담을 낮추기 위한 동기에서 기인한다.

성향을 때문에 사회성원이 공유하는 정보의 양과 질에 따라서 계약의 집행방식 또는 제도적 제약으로서 규범구조가 어떻게 형성되느냐의 문제가 대두되고 있다.

첫째, 계약이행은 자율방식과 제3자 방식으로 구분된다. 전자는 계약을 자율적으로 이행하는 자율적 이행방식이고, 후자는 중재자인 제3자의 개입으로 이행하는 재판제도가 대표적인 예가 된다. 물론 두 가지 집행방식 역시 일정한 합의와 조정 및 이행을 위한 사법적 거래비용을 수반하기 때문에 공식적 사법비용과 비공식 사법비용을 고려해야 한다. 예컨대 공식적 사법비용이 자율적인 집행비용보다 과다한 경우에는 당사자는 사법적 해결보다는 법외적 해결방식을 선호하게 된다. 또 공유하는 지식이나 가치의 격차가 낮으면 재판에 의한 해결보다는 조정이나 자율적 이행을 선호하지만, 그 반대의 경우에는 제3자의 중립적인 판단에 따르는 경향이 강하게 된다.

따라서 정보사회에서 재판제도의 실효성은 공정성과 거래비용 감소의 경제성을 고려하면, 분쟁해결에 있어서 소송경제와 공정성의 실현방안을 강구하여야 한다. 일반적으로 정보사회에는 다양한 가치와 지식 및 정보가 분산되어 있기 때문에 계약이나 공식규칙에 대한 제3자의 공정한 집행을 필요하지만, 공유하는 정보와 지식이 증대하면 합의와 조정의 가능성이 높아져서 자기집행방식이 효과적인 분쟁해결의 수단이 될 수 있다. 특히 정보사회에서 제3자의 국가기관이 국경을 초월하여 유통되는 정보내용을 조사하고, 탐색에 소요되는 비용을 감안하면 오히려 일정한 분쟁은 자율규제가 훨씬 경제적이다. 왜냐하면 당사자나 제3자가 무제한적인 사법적 거래비용을 부담하는 분쟁해결방식은 엄격한 규칙과 공정한 집행기구가 존재할지라도 제도의 효율성과 조직의 경제성을 보장하지 못하면 법집행의 실패를 초래할 것이기 때문이다. 아래의 표는 제도의 거래비용은 분쟁해결의 집행방식과의 관계에 있어서 정보공유의 중요성을 시사한다.

제도(조직)의 거래비용과 집행방식 관계(표-2)

집행 \ 제도	비공식규칙	공식규칙	제도 안정성
자율집행	합의(유), 강제력(강)	정보(단순), 집행력(강)	비공식규칙(안정)
제3자집행	합의(약), 강제력(약)	정보(복잡), 집행력(약)	공식규칙(안정)
거래비용	비용증대	비용감소	거래비용 감소
조직경제성	자율집행-증대	제3자집행-증대	정보공유*

둘째, 정보사회에서 규범형성에 대해서 법실증주의의 '오스틴'의 '명령설'과 하트의 법이론을 검토한다. 명령설의 법개념은 인간의 완전한 합리성을 전제하여

정보의 비대칭성과 거래비용의 관념을 전제하지 않았다. 적어도 오늘날 법제도는 개인의 이익과 단체(조직)의 효율성을 꾀하기 때문에 대개의 법률관계와 거래관계에서 다양한 형태의 거래비용을 발생하기 때문에 명령설을 적용하기 어렵다. 오늘날 정보사회의 입법에 있어서 개인과 사회세력 및 국가기관간의 다양한 거래비용(영향비용 포함) 등을 고려한 입법의 수요와 공급에 관하여 다음과 표와 같이 요약할 수 있다.

입법의 수요와 공급 유형(표-3)

공급 \ 수요	합의(협력)	갈등(비협력)
법안(무)	장애; 가치(다양)	장애: 제도, 절차
정책위임	자율규제(적법권한)	집단갈등의 규제
법률	정치적 이익분배	자원의 재분배

예컨대 인터넷 또는 가상공간을 규제하는 입법의 공급과 수요는 상호 협력 혹은 대립에 따라서 법안의 유무를 결정할 수 있다. 또한 입법의 유형은 사회적 가치나 권한을 단순히 정치적 이익의 분배 법안과 자원 및 정보의 재분배 법안으로 나눌 수 있다. 전자는 이익단체 등과 같이 이해관계와 가치를 공유하는 집단에게 정치적 결정에 의한 특혜부여의 입법이다. 이는 이익의 수혜자와 비용부담자의 관계에서 다수자가 비용을 부담하는 반면에, 소수에게 특혜를 부여하는 법안은 다수에게 비용부담을 전가하면 법제화가 어렵다. 따라서 이러한 입법은 그러한 수익자들에게 그에 상응하는 의무를 부과하지 않을 수 없다.

2. 한국에서 법의식과 법실증주의 경향

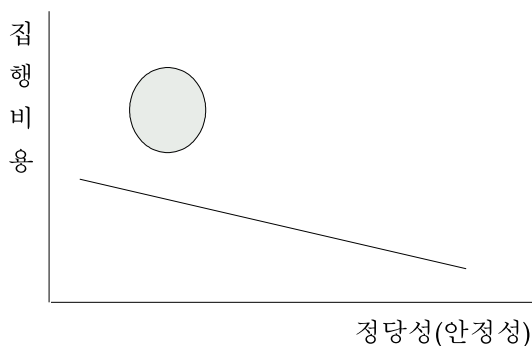
정보사회의 입법정책이 오스틴의 명령설을 따르는 것이 유효한가에 대해서 검토하지 않을 수 없다. 적어도 인간의 합리성과 법규범이 그의 의사결정의 메커니즘으로 작용하고 있다. 합리성은 이익을 합리화하는 수단으로 미래의 보상을 기대하여 환경변화에 민감한 반면에, 법규범은 현재의 무조건적 강제력에 의존하여 환경변화에 둔감하다. 또 법규범이 인간의 의사결정과 행위의 척도가 되는 까닭은 직접적으로 법의 강제력에서 기인한다는 점이다.⁴⁾

실증연구에 의하면, 한국인 법의식의 경향은 각 세대와 사회계층 및 사회변동의

4) Jon Elster, "Social norms and economic theory", Journal of economic Perspectives, Vol.3-4, Fall 1989, pp.100-101f; Jon Elster, the Cement of Society, Cambridge University Press, 1989, pp.3-4

형태에 따라서 상이하게 평가할 수 있다. 우선 사회계층과 직업의 지위가 높을수록 현행법의 정당성과 적용의 공정성 및 법준수 의지를 강하게 나타낸다고 한다. 반면에 사회계층과 직업의 지위가 낮을수록 법의 정당성을 부정할 뿐만 아니라 그 법적용의 차별성을 강조하면서 준법 의지가 미약하다는 점이다. 특히 한국인들은 비판적 법의식을 가지고 있으며, 구체적으로 소득과 교육수준은 법의식과 무관한 반면에, 사회계층과 직업의 수준은 상관관계가 높게 나타난다고 한다.⁵⁾ 실제로 조사대상자의 1/2 정도가 법의 정당성을 부인하고, 또 대상자의 2/3가 법적용의 차별성을 인정한다. 더구나 그 조사대상자의 2/3 이상은 불법일지라도 준수한다는 모순적인 법의식의 경향을 보인다. 적어도 한국인은 입법과 사법과정 에 대한 비판적인 가치판단을 하고 있다는 점이다. 즉 “악법도 법이다”라는 법준수 의식이 비교적 강한 이유는 법의 제재에 대한 회피성향이 높게 나타나는데, 이는 법실증주의가 한국인의 법의식을 지배한 법문화의 결과라고 평가할 수 있다. 실제 IMF 외환위기 전후로 한국 대학생의 법의식을 보면, 조사대상자 100명 중 95% 이상이 권력자는 법을 준수하지 않고, 사회적 약자만이 법적용을 받는다고 표명한다.⁶⁾ 종래 한국인의 법의식은 사회적 신분과 경제적 소득수준의 격차에 따라서 좌우되어 왔음을 알 수 있다. 한국인들이 개인적 부의 욕구를 충족하는데 있어서 법제도의 유용성을 긍정 또는 부정하는 태도로 구분할 수 있다. 왜냐하면 법의 제재는 단기적으로 경제적 불이익과 장기적으로는 사회적 불이익과 관련되기 때문이다. 적어도 법적용의 차별은 분쟁해결에서 사법적 거래비용을 증대시키고 또 정의에 반하는 악법의 준수는 제재를 회피하는 법실증주의의 영향으로 법외적 해결방식을 더 선호하는 경향을 나타내게 된다.

법의 정당성(안정성)과 집행비용의 관계(표-4)



5) 이 연구의 조사대상자는 서울시민 20- 60세의 남성중 직업분포를 제한하여 500명을 표본집단으로 설정하여 조사되었다. 자세한 내용은 최인섭, 사회계층과 범죄발생에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 100-101쪽 참조

6) 정영화·황상민, “IMF이후 한국대학생의 법의식에 관한 연구”, 미간행논문(2000?)

요컨대 한국법제에서 법적 정당성과 안정성은 역관계에 있다. 이는 법적 안정성을 확보하기 위해서 과도한 규제비용 및 거래비용을 지불하기 때문에 경제적 성과나 법치주의의 실현에 많은 어려움이 있음을 시사한다. 상술한 한국인의 법의식에 기초한 인터넷규제의 법정책에 대한 합의를 찾아보기 위해서 하트(Hart)의 법개념을 개관하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

하트(H.L.A. Hart)의 법개념은 권한부여 및 의무부과의 두 가지 규범에 의해서 특정한 행위평가의 척도를 구성하고, 또 의무부과는 대개 특정한 권한을 부여한다는 점에서 유사하다고 본다. 실제로 의무위반의 법적 효과인 위법은 권한규범의 위반효과인 무효와 구별되는 경우가 일반적이다. 예컨대 장물의 판매는 항상 위법한 것이 아니라, 일정한 상황 아래에서 그 판매가 법적으로 유효한 경우도 있으며, 이와 달리 하나의 법률행위에 당사자의 의사합치의 부존재는 위법하거나 또는 의무위반이 아니라 무효의 법률행위이다. 그리고 매크믹(Mackomic)에 의하면, 권한부여 규범과 의무부과 규범의 두 가지 차이를 설명한다. 전자는 작위의무를 전제하지 않고서 일정한 행위가 실행될 것을 의미하지만, 후자는 작위의무를 전제하여서 반드시 일정한 행위가 수행되어야 한다는 점을 의미한다. 하트도 의무부과규범의 명령적 특성을 인정하면서 또한 권한부여 규범은 행위를 보충한다고 보았다. 예컨대 운전면허증의 취득은 무면허 운전금지의 면제를 의미하는 특권이지만, 운전면허는 반드시 사전에 안전운전의무를 부과하는 규범이 전제되어야 타당하다.⁷⁾

한편, 하트(Hart)는 사회규범이 존재하기 위해서는 전체로서 집단이 하나의 기준으로서 규범준수를 확인하고, 또 그 성원들이 규범의 존재를 인식해야만 한다고 주장한다. 이러한 사회규범의 인식과 지지는 규범의 내적 측면(internal aspect of a rule)으로서 그 집단성원들에게 규범준수를 예견할 수 있다. 그리고 국외자에 의해서 규범이 준수될 수 있다는 사실은 규범의 외적 측면(external aspect)이다. 이와 같이 사회규범은 내적 및 외적 양면을 지니고 있다. 물론 사회규범은 예절과 올바른 화술과 같은 사회관습과 의무부과의 두 유형이 있다. 여기서 후자는 폭력의 억 제나 약속의 준수와 같이 사회생활을 유지하기 위해서 필요하지만, 사회성원이 이 규범을 준수함에 있어서 다소간 자신의 이익을 희생하지 않을 수 없다.

이리하여 의무부과 규범은 1차 규범(primary rules)과 2차 규범(secondary rules)의 두 범주로 구분된다. 전자는 관습에서 기인하는 사회적 도덕율의 일부를 구성함으로 1차 규범의 위반에 대한 처벌에 대해서 책임지는 공식적인 기구가 없다. 특히 1차 규범은 외적 현상의 변화와 관련되어 작위 및 부작위의무를 정할 뿐이고, 의회나 법원 또는 행정권이 부재함으로 단순히 사회를 통제하는 유일한

7) Michael D. Bayles, *Ibd.*, p.25-26ff

방법은 용인된 행위에 대한 집단의 태도이다. 이런 사회는 의무부과의 1차 규범만으로 유지되므로 이런 사회가 존재하려면 다음과 같은 조건을 충족해야 한다.

첫째, 인간의 본성에 따라서 1차 규범은 폭력, 절도, 사기 등을 규제하는 규범만을 규정한다. 둘째, 비록 소수가 그러한 규범을 거부할지라도, 다수는 그 규범을 수용해야 한다. 셋째, 사회가 혈연이나 감정 및 종교에 의해서 결속된 소규모이어야 한다. 넷째, 그러한 사회는 안정적인 사회로 유지되어야 한다. 그런데 셋째나 넷째 조건을 충족하지 못할지라도, 그러한 단순한 사회통제 방식으로는 존속하기 어렵다. 왜냐하면 이런 사회는 ① 1차 규범이 무엇인가에 대해서 의심을 하면, 불안정성을 해소할 수단이 없고, ② 변화하는 외적 여건에 따라서 규범을 변경할 수단이 없어서 규범은 고정되고, ③ 규범위반 여부에 대한 논쟁을 해소할 방법이 없으며, ④ 규범위반에 대하여 처벌할 수 있는 권위를 가진 자가 없기 때문이다. 따라서 모든 이러한 결함은 2차 규범에 의해서 1차 규범을 보충함으로써 수정될 수 있다.⁸⁾ 결국 1차 규범은 사람의 작위의무와 부작위의무와 관계된다.

그러나 2차 규범은 1차 규범 도입과 변경 및 폐지 그리고 의사결정의 방법을 정하고, 또 그의 위반여부를 결정할 수 있다는 면에서 상호간의 관련성을 가진다. 특히 2차 규범은 상기한 1차 규범의 결함을 치유할 수 있다는 점에서 의의를 가진다. 요컨대 오늘날 인터넷(가상공간)에 관한 규범형태는 단순한 사회의 1차 규범이 적용되는 공간으로 볼 때, 의회와 법원 및 행정주체의 개입의 범위와 권한을 전제하는 동시에 자율규제 내지는 시장원리에 대한 법정책에 초점을 두어야 할 것이다.

II. 인터넷 규제의 법적 과제

1. 인터넷의 특성과 법적 이슈

인터넷은 컴퓨터 네트워크와 네트워크를 접속하는 글로벌 네트워크(international network)이다. 네트워크에 접속된 컴퓨터와 네트워크의 구성이 부단히 변하기 때문에 컴퓨터간의 정확한 데이터 송수신을 위해서는 종래의 폐쇄된 네트워크와 다른 구조가 필요하다. 인터넷의 기본적인 기술요소는 TCP/IP 프로토콜, IP 주소, 도메인명, 경로제어(routing)이다. 특히 사이버공간의 형성은 일정한 통신규약(protocol)로서 TCP/IP가 사용되어서 개방적이 시스템간의 상호접속(OSI:open system interconnection)의 7단계 전송개념에 따라 전송제어 프로토콜(TCP: transmission control protocol)과 네트워크층에 대응하는 인터넷 프로토

8) JG Riddall, Jurisprudence, Butterworths, 1991, pp.38-40

콜(IP: internet protocol)로 구성된다.⁹⁾ 사이버공간은 이러한 프로토콜 집단 위에 구축되었다.¹⁰⁾ 이와 같이 인터넷은 가상공간을 이용하여 디지털 형태의 정보를 소통한다는 점에서 기존의 정보매체와는 다음과 같은 차이점을 보이고 있다.¹¹⁾

첫째, 인터넷은 각기 자율적인 PC 네트워크(1개의 LAN 단위)의 상호간을 접속시키는 글로벌 네트워크로서의 『네트워크의 네트워크』이다. 이는 인터넷 이용자간의 실시간 쌍방향의 의사소통이 가능하다는 것을 의미한다.

둘째, 인터넷은 누구든지 진입과 퇴출이 자유롭고 용이하며 지속적인 성장이 가능한 개방된 네트워크이다. 즉, 이는 단일한 관리주체가 존재할 수 없기 때문에 전통적인 미디어와 달리 국가적인 통제 및 관리가 불가능하다는 점이다. 일단 인터넷 네트워크에 접속이 되면 불특정다수가 익명성이나 보안성의 문제 하에서 의사소통을 하게 되므로 자율적이고 분권적인 네트워크라는 점이다.

셋째, 인터넷은 멀티미디어 네트워크로서 문자와 수치 데이터에 국한하지 않고 디지털화가 가능하면 복수의 장소에 산재하는 데이터를 수용할 수 있고, 또 콘텐츠의 양과 질은 재화나 화폐 및 정보의 형태를 크게 변화시키고 있다.

오늘날 존재하는 법률은 유형의 대상을 둘러싸고 적용된다. 유형의 재화는 판매가 이루어진다. 정보와 콘텐츠는 종이, CD, 필름, 비디오 테이프에 유통된다. 즉, 거래의 수단은 익숙하고 신뢰할 수 있는 보이는 물체인 종이에 구체화된다. 그러나 온라인 세계에서는 종이가 존재하지 않는다. 따라서 정보가 디지털 형태로 존재하는 경우에 새로운 문제가 발생하였다. 그것은 전자문서의 정확한 복제가 가능하고 또 디지털 콘텐츠가 비용을 들이지 않고 무수히 복제할 수 있고, 더구나 그의 편집과 수정 가능성이 사기 및 남용으로 확산되어도 포착하기 어렵다는 문제이다. 법률은 지리적 범위에 국한되지만, 온라인의 행위들은 무수히 많은 국가나 장소에서 발생한다는 점이다.¹²⁾ 이러한 인터넷의 특성으로부터 야기된 디지털 혁명(digital revolution)과 글로벌 정보인프라의 등장으로 현실 생활에서 많은 법문제와 새로운 이슈를 야기하고 있다. 즉, 사이버 공간 상에 음란물의 확산을 어떻게 규제할 것인가? 온라인에서 익명성의 역할은 무엇인가? 온라인에서의 개인의 프라이버시와 명예는 어떻게 보호할 것인가? 안전한 전자거래를 어떻게 실시할 것인가? 디지털 형태에 대해서 저작권이 적용되는가?¹³⁾ 국가의 국경

9) 상세한 설명은 다음 문헌을 참조(정영화, 앞의 책, 11-14면).

10) 최초로 1972년 Tel Net, 1973년 FTP, 1977년 전자메시지 프로토콜, 1991년 Gopher 개발되었고, 마지막으로 WWW이 생겨났다.

11) 정영화, 앞의 책, 14-15면 참조.

12) Thomas J. Smedinghoff, ed, 「Online Law」, Addison-Wesley Developers Press, 1996, p.4.

13) Thomas J. Smedinghoff, ed, 「Online Law」, Addison-Wesley Developers Press, 1996, p.3.

밖에서 중요한 국가정보를 침입 또는 공격하는 행위에 대하여 어떻게 규율할 것인가? 글로벌 정보공간에서 국적과 무관하게 개인들의 전자메일을 도청하는 각국의 정보기관의 검열 및 침해행위 등 무수한 법적 이슈가 제기되고 있다. 인터넷 법적 문제에 대한 이슈들은 다소 상이하게 전개되고 있다. 아래에서는 일본과 미국 및 프랑스에서 인터넷 법률문제를 예시하는 범주를 살펴본다. 인터넷에 관련된 법률은 국가마다 입법정책 및 법해석의 차이가 있지만, 가상공간에서 법률의 적용범위는 동일하게 보인다.

첫째, 미국에서 인터넷 범문제의 이슈를 범주화하면 i) 정보의 안전 및 보안(Information Security), ii) 온라인 거래 및 전자상거래(Online Transaction, E-Commerce), iii) 전자정보의 권리(Rights in Electronic Information), iv) 정보내용의 규제(Regulation Information Content), v) 온라인 행위의 규제(Regulation Online Conduct)로 구분하고 있다.¹⁴⁾

둘째, 프랑스의 인터넷 범문제의 이슈는 i) 인터넷과 저작권, ii) 인터넷과 사기, iii) 인터넷과 사생활보호, iv) 인터넷과 표현의 자유, v) 인터넷과 보안문제, vi) 인터넷과 상거래, vii) 인터넷과 도메인 네임, viii) 인터넷과 사업자(ISP)의 책임 등을 포함한다.¹⁵⁾

셋째, 일본에서 인터넷범문제의 이슈는 스팸메일, 네트워크의 도청, 부정접속, 전자상거래와 소비자보호, 전자화폐, 음란동영상, 유해 사이트, 프라이버시와 명예훼손, ISP 책임, 전자인증과 암호, 지적재산권, 표현의 자유와 법적 책임, 온라인 ADR, 국제재판관할 등의 문제를 다루고 있다.¹⁶⁾

한편, 정보혁명의 결과로서 예전과는 전혀 상이한 사회적 관계의 장이 발생하였다. 이는 컴퓨터와 컴퓨터가 연결된 인터넷 네트워크로서 가상공간(cyberspace)을 포함한다. 따라서 가상공간의 활용에 따른 사회성원의 의식과 행위에 미치는 영향력으로 인해서 구체적으로 제기되는 법적 문제는 개인(법인 포함) 과 공공기관 모두에게 직접 관련되고 있다. 특이한 사실은 그러한 문제들이 현행법의 규율 방식과 절차에 의해서 체계적이고 통일적인 해결을 기대하기 어렵다는 점이다. 예컨대 인터넷을 이용해서 타인의 신용카드나 은행구좌의 비밀번호와 ID를 알아내서 부정한 방법으로 계좌이체 서비스이용의 경우, 공공기관의 ID를 도용해서 금융전산망을 해킹하는 경우, 공직선거와 관련하여 후보자의 사생활에 대한 비난이나 허위사실의 유포로 선거결과에 영향을 미치는 경우, 특정인의 사생활의 공개나 음란물의 공개나 판매행위, 인터넷을 이용한 불법단체의 범죄공모, 인터넷

14) Thomas J. Smedinghoff, ed, 「Online Law」, Addison-Wesley Developers Press, 1996, p.5.

15) Christiane Feral-Schuhl, Cyber Droit, (2e edition), DALKOZ, 2000.

16) 사이버로어연구會 編, 「사이버스페이스法」, 日本評論社, 2000 등이 있다.

상 상품이나 서비스의 허위광고 또는 판매행위, 인터넷을 이용한 주식거래나 공공정보의 방해 또는 차단 등의 무수히 다양한 정보의 수집과 배포 및 가공 등 가상공간에서의 행위가 문제될 수 있다. 특히 이러한 문제들은 현행법의 적용만으로는 해결할 수 없는 기술적인 문제점이 있다. 즉 죄형법정주의 원리에 부합되는 범죄행위의 구성요건 해당여부, 당해 행위자에 대한 강제수사로서 영장발부여부, 법적용과 재판관할권이 문제된다. 또한 국가간의 국경을 초월하는 인터넷을 이용하는 정보이용에 의해서 법적용의 인적 한계나 재판의 집행방법에 관해서 국제적인 논의가 되고 있다. 나아가 인터넷을 이용한 전자거래와 전자투표나 여론조사, 전자적 행정과정 등에 있어서 동일인의 확인과 신뢰성을 보장하는 전자인증과 서명 및 암호의 안전성이 확보되는가에 따라 전자상거래나 전자정부의 정보사회의 안전성을 담보하는데 핵심적인 문제이다.

2. 가상공간 법정책의 과제

정보사회에서 개인과 사회는 평등한 정보접근 및 유통을 통한 정보민주화 내지 민주주의를 구현하는데 중요한 과제로 인식하고 있다. 최근 미국에서는 시력을 상실한 사람에게 인터넷에의 접근권(access to public cyberspace)을 보장하는 입법이 마련되었다. 또한 유권자가 선거에서 반대투표를 하거나, 그들의 희망을 공무원에게 청원하며, 또 여러 방법으로 캠페인에 참여할 수 있다. 이러한 방법은 많은 비용을 수반하고 혹은 사용하기 어렵거나 모호하게 해석되고, 다수 시민들이 이해적인 경우가 많다. 이러한 의미에서 정치제도는 노동분업의 표현이며, 정보배분의 과정이다.

여기서 공공정책이 여론을 어떻게 반영하느냐의 여부에 관해서 공화주의와 민주주의 사이의 논쟁을 상기할 수 있다. 공화주의이론의 대표자인 플라톤(Platon)과 아리스토텔레스(Aristotle) 및 모스카(Mosca)는 여론의 미개화로 인해서 단지 입법의 지침에 불과하기 때문에 현인들이 공적생활에 관여하고 또 공무원들은 공공성에 입각하여 행동하여야 한다고 주장한다. 반면에, 민주주의이론의 대표자인 루소(J.J. Rousseau)는 여론이 법률에 직접 반영되는 방법을 추구하여 선거구에서 정보량을 증대시키고 또 선거과정에 영향을 미치는 선입견이나 편견을 감소시키는 방법을 모색한다. 실제로 정보량이 적거나, 공공문제에 관하여 정보가 불균등할 경우에는 시민들이 정치에 관한 정보를 수집하고 또 저장할 때에 분별력있는 의사규칙과 자기학습을 이용하고자 한다.¹⁷⁾ 그래서 근대 헌법 이래로 시민은 국가로부터 자유를 확대하기 위해서 또 정치사회 민주화를 위해서 공권력의

17) John A. Ferejohn & James H. Kuklinski, *Information and Democratic Process*, University of Illinois Press, pp.4-5f

남용가능성에 대하여 감시와 비판을 하였다. 특히 현대 정보사회의 중대한 헌법 문제는 정보에의 불평등이다. 즉 민주주의의 발전은 사회계층간의 정보의 공유가 필수적임에도 불구하고 정보격차는 정보결핍자의 자유를 제한하는 결과, 정의와 평등의 민주주의원리에 부정적 영향을 미치게 된다. 정치권력이나 행정주체가 자신의 기호와 필요에 의해서 여론을 왜곡하는데 정보의 오남용의 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.¹⁸⁾

이상으로 정보사회는 시민의 적극적인 자유영역을 확보하기 위해서는 정부의 행위를 감시 및 비판할 뿐만 아니라 상호간의 적절한 대화와 협력을 통해서 실질적 민주주의를 실현하여야 한다. 이런 맥락에서 정보사회는 정보의 성질과 유형에 따라서 공공정보와 정보시장의 경계를 개방하되, 정보시장의 자율성을 보장하는 경제활동의 원칙을 담보하여야 한다. 이와 같이 정보사회는 공공부문의 민주주의의 실현과, 동시에 민간정보의 시장규모를 최대한 보장하는 실천적 과제에 직면하게 된다. 요약하면 정보사회는 정부의 민주화와 사회의 시장화란 두 목표를 동시에 달성하는 문제가 가상공간에 관한 법제화의 본질이다.¹⁹⁾ 이하에서는 정보사회의 생활영역에 따른 입법정책의 쟁점을 고찰한다.

3. 입법적인 쟁점

미연방대법원의 대법관 홈즈(Oliver W. Holmes)의 “법은 논리가 아니라 경험이다(Law is not logic, but experience)”란 언명은 정보사회에서 법의 본질과 역할에 있어서 새로운 사태를 경험하고 있다고 지적할 수 있다. 정보사회가 법에 대해서 미치는 장기적 영향은 시간보다는 공간개념에 더욱 의미가 있을 것이다. 즉 컴퓨터와 인터넷 및 전지구적 통신망이 동일한 전자공간에서 사람들간의 새로운 관계를 형성하고, 물리적 공간의 제약을 초월하는 공간축소장치이기 때문이다. 이는 컴퓨터에 의한 사람간 의사와 정보의 신속한 소통과 상호작용으로 실제 동일한 감정을 공유하는 다차원적, 인공적 가상공간을 형성하게 되었다. 이제 정보사회는 이러한 가상현실이 정치영역, 공공영역, 경제사회영역에서 사람들의 의사표현이나 요구사항을 대량으로 그리고 빈번히 관찰시킬 수 있게 되었다. 특히 가상공간의 발생에 의해서 물질세계의 행위와 상이한 특성의 일탈행위가 가상공간 자체의 존속을 위협하는 사태에 대하여 기존의 법적 해결방식과 다른 요소를 제기하고 있다.

18) 정영화, 앞의 논문(1), 294쪽

19) 공공정보의 시장주의에 관한 입법정책의 구체적인 실천방안은 줄고, 앞의 논문을 참조.

(1) 정치영역에서 전자민주주의의 입법정책

정보사회에서 인간은 누구나 다른 사람이나 단체 및 국가보다 신속하고 정확한 의사결정을 통해서 부, 욕구 및 소망하는 바를 충족하고자 한다. 따라서 정보의 개념은 거의 모든 사람들에게 지식이나 정확성을 연상시키기 때문에 혼란을 일으킨다. 예견 가능한 결과들이 많은 복잡한 상황에서는 다수의 정보를 가진 자가 단순한 결과가 예측되는 경우보다는 유리하다. 왜냐하면 복잡한 상황에서 결과를 예측하기 위해서는 보다 많은 정보가 필요하기 때문이다. 예컨대 한 국가의 정치적 경향이나 정책의 특성은 실제의 언론정책에서 잘 반영되어 나타난다. 만약 정치권력자가 공적영역의 의사소통을 왜곡하거나 또는 곡해하려고 시도하는 한, 진정한 여론과 정치적 변화를 형성할 수 없다.²⁰⁾

첫째, 정치영역에서의 민주주의는 정부기관이나 자치단체의 각종 정책에 관한 보고서, 의회의 다양한 보고서, 각종 의결된 법률과 조례 등을 시민들에게 접근을 허용하고 또 자유롭고 공정한 열람과 이용을 허용하는 것이다. 이와 관련되는 정당과 정치인의 의사결정에 관한 배경정보와 전문가의견 등에 관한 공공정보의 접근과 공개를 보장하여야 한다.

둘째, 시민과 단체가 정치적 시사문제나 공적 문제에 대한 공개적인 토론과 의견개진을 통해서 정당과 정치인의 의사결정에 있어서 여론반영을 용이하게 한다. 특히 국회나 자치단체의회가 공공이익을 존중하는 의사결정의 투명성을 보장하며, 동시에 다수의사가 소수를 보호하는 질차적 정의를 보장하도록 시민들과 정치인의 가상공간의 접촉을 활성화해야 한다. 여기서 시민들과 이익단체가 공공문제 등에 대해서 각종 청원이나 여론참여를 통하여 정치인의 의사결정이 여론에 입각하게 함으로써 정파간의 경쟁을 여론과 공익의 토대 위에 두어야 한다. 이러한 효과는 정당의 과두화 현상에 따른 정당의 수직적 의사결정을 억제하고, 동시에 정당구조가 여론수렴의 기능을 강화하여 정당민주화를 실현할 수 있다.

셋째, 의회가 법안이나 의사결정에서 전자투표방식을 적용하고, 나아가 주민들의 의사결정도 전자투표방식을 도입할 수 있다. 이러한 전자투표는 유권자의 동일성을 확인하는 전자서명과 전자인증제도가 병행되어야 한다. 특히 전자투표는 선거관리비용을 얼마나 절감하고, 또 투표자의 진정한 의사를 쉽게 표출할 수 있으므로 다양한 형태의 여론표출의 가능성을 기대할 수 있다. 반면에, 전자투표의 기술체계가 선거비용을 절약할지라도 부정행 방법에 의한 투표자의 의사를 왜곡한다면 심각한 문제를 야기한다. 따라서 전자투표는 기술적 안전성을 확보할 수 있다면 실질적 국민민주주의와 직접민주주의를 구현하는 전자민주주의의 실천가

20) Moustapha Masmoudi, "Power, Communication and Democracy", in: Slavko Splichal & Janet Wasko, Communication and Democracy, Ablex Publishing Co., 1993, pp.186-188f

능성을 제공한다. 물론 전자투표도 전체유권자가 참여하는 국민투표나 광역자치단체의 선거에 활용되기까지는 몇 가지 법적, 기술적 문제들이 선결되어야 한다고 본다. 예컨대 선거구제도나 공직선거제도 또 정당제도에 관한 헌법해석은 개인의 정치적 자기결정권과 단체의 정치적 공동결정권의 두 가지 성격을 갖기 때문에 기존 참정권의 법적 성질과 기능에 관한 연구는 개인으로부터 조직과 집단으로의 접근범위가 확대되고 있음을 알 수 있다. 요컨대 전자민주주의를 구현함에 있어서 개인이나 중·소집단과 대집단의 다양한 형태의 군소 정치조직들이 등장하여서 다당제의 형태로 전개될 수도 있다. 왜냐하면 전자민주주의는 개인이나 단체의 의사가 대등한 지위를 가지게 되므로 다양한 이해관계를 대표하는 다수의 정치적 세력들이 정치권 내에서 제도화될 수 있기 때문이다. 이와 같이 정당구조가 변경되면 선거구제도나 의회제도의 기능과 형태도 일정 부분의 변경될 수 있을 것이다.

무엇보다 가상공간에서 시민들이 정보의 생산과 소비 및 이용 등 참여과정에 용이하게 접근할 수 있는가 여부에 따라서 전자민주주의 혹은 전자전제주의로의 극단을 우려하게 된다. 결과적으로 소수의 권력자들이 정보를 독점하면 다수의 정보수신자들은 정보접근이 곤란하여 권력의 주변부로 벗어나게 되므로 다원주의와 분권주의의 헌법원리를 어떻게 구현하는 냐?가 중요한 법정책이다.²¹⁾ 특히 정보사회의 언론매체가 분권주의를 구현하는 방법은 통합매체의 특성을 고려한 규제모델의 법제화에 달려있다. 이들 법제는 종래 매체의 특성에 따라서 주체와 대상별 규제로 구분할 수 있다.²²⁾ 또 언론매체에 대한 규제방법은 형식적 규제와 실질적 규제로 이원화할 수 있다.²³⁾ 요컨대 사이버 미디어의 규제정책에 있어서 넓은 범위의 매체통합 성향으로 시장주의와 법률주의 두 가지로 구분될 수 있다. 이러한 규제방안에 대한 주요한 논거는 미디어의 통합과 국경을 초월하여 국제적 언론매체의 영역이 세계적으로 확대되면서 국제적인 규제기준을 예상할 수 있다. 따라서 규제방식은 매체의 소유, 경영과 시장진입, 서비스의 독점규제에 의

21) 줄고, 앞의 논문(주1), 300쪽 참조

22) 규제주체에 따른 구별이 대개 논의되었다. 즉 자율통제, 매체 내적 통제, 소유자 통제, 광고주 통제, 공중의 통제, 정부의 통제이다(유재천, “언론의 사회적 책임과 언론중재제도”, 언론문화연구 제7집, 서강대언론문화연구소, 1989). 이러한 분류는 언론매체에 대한 규제 정도와 영향력을 살피는데 있어서 모호한 점이 있다.

23) 이는 매체의 소유, 운영, 매체시장질서, 타 매체와 서비스와의 관계를 규제하는 구조적 규제인 형식적 규제, 내용적 규제는 매체가 전달하는 프로그램, 정보내용에 대한 규제를 의미한다. 형식적 규제의 유형은 언론기관내의 소유집중, 방송운영의 인가, 매체시장내의 독점, 다른 매체의 서비스시장에서의 지위에 관한 경쟁법의 측면을 고려한다. 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구”, 서울대대학원 법학박사학위논문, 1999.8.16쪽

한 시장주의에 해당한다.²⁴⁾ 다만, 공적 규제는 인권보장을 위한 법적 규제와 국제협약에 의한 시장활성화를 위해서 간접적 규제가 필요하다. 이러한 맥락에서 인터넷에 관한 법정책도 동일한 방향에 초점을 맞출 수 있다.

(2) 전자정부의 법정책²⁵⁾

전자정부는 정보혁명의 산물로서 정부조직의 유연성과 업무의 효율성을 도모하기 위하여 시민과 기업 등 정보이용자에게 양질의 정보공개와 공정한 정보유통 시스템을 형성하는 것을 의미한다. 이러한 전자정부는 행정내부의 공유정보를 증대하여 신속한 의사결정과 행정의 효율성을 제고하며, 또한 대외적으로는 이해관계인의 편익한 행정접근을 통해서 공권력의 투명성과 민주성을 보장하는 기능을 한다. 즉 전자정부는 정보통신기술을 이용해서 행정조직 내적 유연성과 다른 행정기관이나 시민 및 기업과의 상호작용을 증대하여 행정의 책임성과 신뢰성을 높이는 것이다. 이로써 시민과 기업에게 정보접근을 용이하게 하고 정책결정과정에서 국민의 참여를 증대함으로써 민주주의발전에 기여하며, 또 양질의 공공정보의 공개 및 유통은 공권력에 대한 감시와 비판을 용이하여 인권보장과 사회발전을 가능하게 한다.

그러므로 전자정부는 일반적으로 공공정보의 접근과 공개를 촉진하는 제도를 확립하는 것이 필요하다. 여기서 공공정보의 정의와 기준은 정보시장의 한계를 설정하는 의미가 있다. 특히 한국의 전자정부 실패는 법제운용이 행정과정에 비해서 뒤진 것이 사실이다. 원래 정보공개법은 시민의 알권리를 실현하고자 행정기관의 책임과 행정의 투명성을 보장하기 위한 법규범이다. 이러한 공공정보의 접근과 공개는 시민의 알권리를 보장하여 공공정책의 결정과정에 대한 비판과 감시, 행정과 정책에 관한 시민참여에 의한 여론형성의 기능을 가진다. 그런데 공공정보의 개념은 국가마다 다양한 차이가 있다. 그러나 이는 공공부문의 관념을 전제하는데, 기능상 국가기관이나 공공서비스를 수행하는 조직이나, 법률상의 행정조직을 포함하며, 또 공적 재정지원을 받는 조직에도 적용된다. 이제 디

24) 최근 한국언론재단과 미디어리서치 공동조사의 결과로 언론인의 언론자유에 대한 인식을 발표하였다. 1999년 8월 방송 및 일간신문 언론인 703명을 대상으로 언론자유에 규제로는 광고주의 압력, 사주와 경영진 압력, 정부의 영향력의 순서로 밝히고 있다. 그러나 1995년 조사에서는 사주와 경영진의 압력, 편집간부나 일선기자, 정부영향력으로 나타났고, 1997년에는 사주, 편집간부, 광고주의 순서로 나타났다. [Online <http://www.kpf.or.kr>] 이러한 현상은 정부의 언론계약 보다는 시장의 경쟁이 가열되면서 이익에 의한 압력이 지배적임을 시사한다. 따라서 언론매체의 계약에 관해서 시장접근방법을 고려할 것이 요구된다고 본다.

25) 정영화, 앞의 논문(주.1), 300-308쪽 참조

지털정보는 정보시장의 잠재적 영향력을 고려해야 하며, 또한 시민들의 용이한 정보접근과 정보유통을 촉진함에 있어서 모든 수준의 법적 장애를 해결해야 한다. 또한 전자정부는 시민과 기업에 대한 정보수집에 초점을 맞추기보다는 정보보호의 규범을 준수하는데 역점을 두어야 한다. 그러나 공공정보의 디지털화는 정보의 접근과 개발행위를 촉진하지만, 단순히 공공정보의 유통만으로는 모든 시민의 정보욕구를 충족하기 어렵다.

한편, 공공정보의 유형은 행정정보의 여부에 따라서 정부기능과 행정 자체에 관련되는 행정정보(administrative information)와 지리정보, 기업정보 및 연구개발 등에 관한 공공서비스를 수행하는 과정에 수집된 외부정보인 비행정정보(non-administrative information)로 구분된다. 공공정보의 유형을 세분화하면, 법률, 재판, 의회의 정보와 같이 민주주의 기능을 활성화하는데 필요한 기본정보와 그러한 민주주의 기본요소와 직접 관련성이 없는 정보로 구별된다. 그리고 공공정보는 잠재적 상업가치를 내포하기 때문에 데이터나 프라이버시의 보호, 가격설정 여부, 지적재산권의 적용범위와 관련하여 논쟁이 가능하다.

다른 한편, 정보접근과 유통에 관한 법제의 미래는 정보에 의한 인권보장과 정보시장 활성화의 두 요소를 입법에 어떻게 반영하는가에 달려있다. 우선 인권보장의 강조는 정보접근의 과도한 제한을 초래하여 정보시장을 위축하게 된다. 즉 정보시장은 민간경쟁과 기업혁신의 결과물로서 새로운 정보의 부가가치를 창출할 수 있는데, 인권만 강조하는 정보입법은 민간의 정보개발의지를 제한하게 되어 민간의 혁신을 기대하기 어렵다. 다음으로 인권보다는 정보시장의 활성화만을 강조하면, 정보접근에 필요한 최소한의 정보인프라에 대한 투자부족을 초래한다. 이는 공공정보의 개발과 접근을 민간기업의 채널로 전환하는 결과 정보시장의 높은 가격과 비용부담을 이용자에게 전가하게 된다. 끝으로 이상의 두 가지 요소를 고려하지 않는 사례는 공공부문이 이익만을 기대하여 정보확산에 관여함으로써 상업화를 도모하는 결과를 초래하기 쉽다. 그 결과는 정보시장의 경쟁이 왜곡되어 민간의 정보시장 자체도 발전하지 못하고 동시에 정보접근도 어렵게 되어서 인권보장도 약화시키고 만다. 결국 공공정보의 접근에 관한 입법정책의 요소로서 인권과 정보시장의 활성화 사이에 발생하는 긴장관계는 민간부문의 정보개발의 동기를 위협할 수 있다. 따라서 전자정부는 공공부문이 정보시장의 부가가치 창출에 미치는 범위와 정보유통에 있어서 공공부문과 민간부문의 불공정한 경쟁이 발생하는 문제를 해결하여야 한다. 유감스럽게도 현행 정보관련 법체계는 이러한 문제점을 고려하지 못하고 있다고 평가된다. 예컨대 정부는 정보시장의 활성화는 민간기업의 진입을 촉진할 뿐, 이용자의 비용부담과 법적 지위를 고려하지 못하고 있다. 즉 정부가 민간기업의 정보시장의 활성화에 따른 이익을 추구하는 입법정책에 초점을 맞추고 있다는 점이다. 결국 전자정부의 입법

정책은 인권보장과 정보시장의 활성화를 위해서는 적법절차, 비례원칙, 형평성과 공정성 및 비밀성의 원칙을 준수해야 할 것이다. 예컨대 행정조사를 위한 정보수집이나 거래에 있어서 비밀성을 보장하지 않으면 거래의 신뢰성을 보장하기 어렵다.

(3) 경제영역의 법정책

1994년 이래 인터넷과 통신이 상용화되어서 컴퓨터 네트워크가 생산과 유통 및 경제사회의 생활영역에 있어서 새로운 가치관과 의식구조를 형성시키고 있다. 허번(Hauben)은 이러한 네트워크 사용자의 의식과 활동의 특징을 주목하여 '네티즌'이란 말을 사용하였다.²⁶⁾ 즉 네티즌이란 새로운 네트문화와 온라인 공동체를 형성하고, 유지하는 동태적이고 적극적 역할의 사회학적 개념으로 해석된다. 특히 이러한 네티즌의 등장과 더불어 1996년에는 전자상거래가 기존의 시장과 달리 급속히 확대되기 시작하였다. 그런데 전자상거래는 분명히 잠재적 시장혁명을 예고하고 있다. 즉 시장규모가 전체 지구적 범위에 걸쳐서 형성될 수 있으며, 기업조직에 있어서 현저한 거래비용을 절감하기 때문에 경영효율을 기대할 수 있다. 문제는 전자상거래가 가상공간을 이용하여 구매자의 경제적 신뢰성과 판매자의 재화나 서비스품질의 안전성을 전제하기 때문에 소비자의 신뢰성 확보가 핵심이다.²⁷⁾

첫째, 구매자와 판매자는 인터넷 화면을 통해서 계약을 체결하고, 판매자의 결제방식에 따라서 결제한다. 여기서 구매자가 계약의 상세한 내용을 화면상으로 확인하기 곤란하며, 또 웹랩(Web linked access protocol)방식도 약관내용을 확인하기 어렵다는 점이다. 더구나 계약내용은 통신판매와 동일하지만, 시스템의 장애가 발생할 경우에는 책임범위를 확정하는데 입증의 곤란하다는 점이 문제이다. 결제방법은 신용카드 결제, 전자화폐나 멀티카드 등의 다기능결제카드를 도입할 수 있다. 그렇지만 카드의 안전성은 거래당사자의 위험부담의 공평성을 전제하기 때문에 필요하다. 더구나 국제거래의 경우에는 언어와 법제도의 문제가 고려되는데, 구매자국가의 법제를 적용할 것인지 혹은 판매자국가의 법제를 적용할 것인가에 따라서 준거법과 재판관할의 선결문제가 제기된다.

둘째, 소비자보호의 문제는 국내외로부터 다양한 가치기준이 상이한 다양한 사업 및 상품정보가 유입되기 때문에 소비자가 자기책임에 따른 정보선택과 거래형성 할 수 있도록 정보환경을 마련하는 것이 필요하다. 적어도 시장이 확장되면 전자상거래의 소비자상담이나 불평을 처리할 수 있는 소비자서비스를 강화하는

26) Online <http://bulam.snut.ac.kr/~lwipaik/djwinter.html>

27) 상세한 내용은 다음 문헌 참조. 정영화, 「전자상거래법」(제3판), 다산출판사, 2003, 제 1장 이하.

방안이 고려되어야 한다. 특히 계약의 명료성을 보장하기 위해서 구매자국가와 판매자국가간의 “개인정보보호협약”과 같은 국제거래의 표준약관이 전제되어야 소비자의 개인정보(privacy)보호가 가능하다. 그리고 분쟁발생의 경우에 구제조직이 능동적으로 참여할 수 있도록 상설화도 고려하여야 한다. 특히 인터넷 몰(internet mall)이나 사이버숍(cybernetic shop)과 소비자의 거래약관과 관련하여 소비자 및 몰, 몰과 입점자, 입점자와 소비자간의 약관은 전자상거래 표준약관을 채택하여 적용방안도 고려할 수 있다.

셋째, 전자상거래의 디지털 내용(contents)의 유통에 있어서 반품을 인정하거나 또는 계약의 취소를 인정하는 문제이다. 즉 구매자가 재화나 서비스를 주문하고, 내용을 다운로드 받았다가 후에 취소가능 여부는 소비자주의를 채택함이 타당하다. 또한 국제거래의 경우에 규범이나 공공질서, 도덕성 등의 차이로 소비자 또는 판매자의 국가의 법제도를 적용하기 어렵기 때문에 판매자국가의 관리에 위임하는 것도 고려할 수 있다. 다만, 저작권에 관한 국제규범의 문제가 선결되어야 할 것이다.

넷째, 암호 및 인증문제는 전자상거래 또는 인터넷의 모든 거래에 관하여 신뢰성확보의 선결조건이다. 사업자는 현행 방문판매법과 할부판매법의 서면요건에 대해서 법적 분쟁의 발생에 대비하여 선호하는 입장이다. 물론 전자상거래는 소비자의 편의와 경영효율의 관점에서 전자매체로 대체하는 것도 가능하다. 따라서 전지구적 전자상거래의 성과를 기대하면 복수의 인증기관이나 상호인증 시스템을 도입할 수 있고 또한 전지구적 차원에서의 인증기관이 필요할 것이다.

Ⅲ. 가상공간(Cyber Space)의 규제입법

1. 가상공간의 법적 의의

가상공간은 인터넷의 상용화에 의해서 형성된 사회적 관념이다. 인터넷은 그 진화과정과 특성에 관하여 미국의 ACLU v. Reno 사건(1996.6.11, 929F.Supp.824)의 판결의 사실인정에서 명확히 드러났다. 인터넷은 물리적 유형의 실체가 아니고, 수많은 컴퓨터 네트워크의 네트워크이다. 또한 인터넷은 데이터가 네트워크를 통해서 전송될 수 있는 팩스위칭(packet switching)과 다른 컴퓨터에 접속하여 서비스를 이용할 수 있는 Client Server, 그리고 일련의 software protocol인 TCP/IP는 컴퓨터 상호간의 정보교환을 가능하게 하는 통신규약을 핵심요소로 구성한다. 특히 인터넷은 폐쇄된 네트워크가 아니라 전지구적으로 개인, 기관, 기업, 정부와 국제기구간에 쌍방향으로 소통하는 다원주의적 시장지향의 매체이다.²⁸⁾ 인터넷은 전통적인 매체의 수동적 이용자의 지위를 다원적이고 능동적인

참여자의 지위로 변경시켰다. 그런데 인터넷사용자는 인터넷서비스제공자(ISP)의 시스템을 이용함으로써 PC통신사업자와 구분된다. PC통신사업자는 네트워크시스템을 관리와 정보를 제공하는 반면에, 인터넷서버는 접속서비스만을 행하기 때문에 유해한 콘텐츠에 대한 규제범위의 문제가 제기된다. 미국의 경우 시스템운영자의 책임은 편집통제권을 출판자와 배포자의 지위로 구분한다. 데이터베이스나 뉴스서비스의 경우에는 시스템운영자나 소유자에게 출판인의 지위를 인정하고, 전자우편이나 기타 정보를 전송하는 경우에는 배포자의 책임을 인정한다.²⁹⁾ 여기서 인터넷상의 의사소통과 미디어에 의한 정보수신은 차이가 있는데, 인터넷 이용자는 다이얼을 맞추는 것보다 더욱 숙고한 적극적인 행동을 필요로 한다. 더구나 인터넷은 다양한 경로와 진입장애가 거의 없어서 접근이 용이하다.

2. 가상공간의 법원칙

(1) 정보의 형평성

전자민주주의의 구현은 헌법적 문제로서 접근가능성과 공개된 정보의 질과 양에 있어서 형평성을 보장하여야 한다. 정보가 특정집단이나 세력에게 접근 및 공개되는 경우에 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 모든 생활에 있어서 실질적 민주주의의 실현이 불가능하다. 예컨대 정치적 영역에서 특정세력에게 정보의 접근이 가능하면 정보의 왜곡과 남용의 문제가 제기되고, 마찬가지로 경제사회의 영역에서 공정한 경쟁과 시장진입을 제한하는 결과를 초래한다. 즉 경제적 빈부의 격차가 20세기 헌법문제로서 이데올로기의 대립까지 초래하였다면, 정보의 불평등은 21세기 헌법문제로서 사회구조 자체를 변혁시키는 결과를 낳아서 완벽한 원형감옥이나 전자전제정을 예상할 수 있다. 결국 정보격차의 해소하려면 전자정부의 정보개발의무(헌법 127조1항)로서 정보인프라의 확보, 공공정보의 개발, 모든 시민의 컴퓨터활용능력의 무상교육, 전국민의 E-mail 보유, 정보접속 및 이용료³⁰⁾의 인하, 정보시장의 활성화에 달려있다. 결국 전자민주주의는 인터넷과 관

28) 인터넷상 일반적인 의사소통의 유형은 1:1의 Email, 1: 다수의 List-serves, Usenet Newsgroup(데이터베이스), 실시간 대화의 Internet Chat, 실시간 원격컴퓨터 이용의 Telnet, 파일전송프로토콜의 FTP나 Gopher, www과 같은 원격정보검색으로 구분된다.

29) Lance Rose, NetLaw: your Rights in the Online World, Osborne McGraw-Hill, 1995, 10-14f

30) 홍콩 자치정부는 인터넷의 접속요금을 전화통화료와 달리 1통화에 4원으로 정하여 실시하고 있다. 현재 한국의 정보접속이용료는 일반전화의 경우에 비해서 25% 정도 할인한 가격으로 이용할 수 있지만, 이는 지나치게 높은 요금구조를 유지하고 있다. 전화나 다른 매체는 직접 필요한 정보욕구를 즉시 해소하는데 반해서 인터넷의 접속은 필요한 정보와

련하여 공공정보의 개발 및 접근의 용이성과 정보유통시장의 안정성을 확보가 무엇보다도 중요하다.

(2) 시장접근의 자율규제

원래 인터넷 메시지 내용이 특정한 국가의 법률에 부합하는지 확인할 실질적인 방법이 없다. 예컨대 세계 어느 곳에서든지 인터넷에 접속한 사용자는 구매자나 판매자의 소재지 국가든지 또는 인터넷 접속통로의 국가의 간섭이나 정보없이 전자 서비스를 주문하고 지불할 수 있다. 전자거래는 아직 규칙도 전혀 없고, 무슨 규칙을 집행할 수 있는 메커니즘도 없다. 다소의 규제가 필요하지만, 과도하게 규제하면 그 산업을 순식간에 일소시키게 될 것이다. 따라서 인터넷의 발전을 위해서는 다음과 같은 몇 가지 원칙을 채택할 수 있다.

첫째, 인터넷은 시장지향의 산업으로서 거래를 규율하는 예측가능한 법적 환경을 결하였기 때문에 가능한 한 민간부문의 창의성과 자율성을 제고하도록 시장주의를 강화하여야 한다. 연방대법원은 인터넷 내용의 규제는 위헌이라고 판결하였다.³¹⁾

둘째, 미연방 정부는 인터넷의 모든 거래관계에 정부의 최소한의 개입을 조건으로 사적자치의 원칙을 장려하도록 한다. 또한 다른 국가의 정부에 대해서도 인터넷을 통한 상거래에 대해서 불필요한 규제, 행정절차, 조세나, 관세의 부과를 억제해 줄 것을 권유하고 있다. 그러나 소비세(sales tax)에 의존하는 국가들은 이러한 중요한 부가가치의 흐름을 포기한다는 것이 고통스러운 일인 것이다. 또한 정부의 개입이 불가피한 경우에도 이러한 목적을 존중하여 최소한 일관된 법제도의 환경을 보장하여야 할 것이다. 예컨대 정부 간섭의 경우에 그 역할은 경쟁보장, 지적재산권과 프라이버시의 보호, 사기방지 및 분쟁해결을 촉진한다.

셋째, 오늘날 인터넷은 전통적인 사회구조와는 다른 특성으로서 분권화 성향과 상향식(bottom-up) 관리방식 이다. 따라서 지난 60년 이상 전기통신, 라디오, TV에 대해서 확립된 규제의 법적 틀이 인터넷에 대해서도 동일하게 적용될 수

불필요한 정보의 구별이 없기 때문에 수시로 웹서핑을 하기 때문에 가능한 한 최소한의 요금체계를 설정하여야 한다. 외국은 공중전화와 같이 생활에 필요한 정보의 이용을 공원이나 정거장 또는 공중집회 장소에서는 인터넷을 이용한 정보이용을 무료로 접근할 수 있도록 운영하고 있다. 적어도 정보이용의 접속료의 부과기준이 현행과 같이 유지할 경우에 정보시장의 진입에 있어서 장애요소로 작용하기 때문에 정보의 형평성의 문제가 사회적 규제로 작용할 우려가 크다.

31) 빌클린트(Clinton)은 컴퓨터산업계의 지도자들을 백악관에 초청하여 방송산업이 이전에 했던것과 같이 인터넷 내용의 자발적 등급체계를 발전시킬 것을 권장하였다. Cyberspace lawyer, vol.2, no. 10, 1998, p.9

없다고 본다. 기존의 법과 규제방식은 인터넷의 거래에 있어서 중대한 장애를 초래할 수 있다. 예컨대 종전의 통신에 대한 감청 및 도청이 1 대 1의 송수신의 내용을 제3자가 적법 또는 불법하게 개입함으로써 정보감시를 통한 하향식의 지배 구조를 확립할 수 있었다. 그러나 인터넷의 이용자의 전자메일이나 데이터의 송수신을 감시 또는 검열하는 경우에 법적 분쟁과 국가간의 정보데이터의 유통에 따른 책임이 제기될 수 있다. 왜냐하면 인터넷의 경로(traffic)가 국경을 벗어나서 국제적 관계를 형성하고 또한 인터넷은 1인과 다수, 또 다수인의 관계를 형성하며 정보의 저장과 복제가 무한히 가능하다는 점에서 하향식의 규제방식은 효과가 미약하다. 따라서 개별국가의 종래 하향식의 규제방식은 정보산업의 국제거래 뿐만 아니라 국내의 인터넷 산업의 전망을 위협하기 때문이다.

넷째, 인터넷은 재화나 서비스의 품질과 가격의 면에서 명성을 얻으면 전지구적 시장확대를 가져올 것이기 때문에 특별히 구매자나 판매의 거주지의 재판권과 무관한 일관되고 예측가능한 법규범의 발전이 중요하다. 미연방의 50주 당사자들은 전자거래와 관련하여 통일적으로 규율하는 통일상법(Uniform Commercial Code)을 제정하는 문제를 연구하였으나, 소비자보호와 소프트웨어 실시권에 관하여 합의에 가 어렵다. 특히 유럽연합의 전지구적 네트워크와 관련한 Bonn선언³²⁾은 미국의 입장과 차이로 인하여 인터넷이용에 있어서 몇 가지 문제를 내포하고 있다. 즉 유럽연합은 미국과 암호에 관하여 정반대의 입장을 채택하고 있다. 미국은 국가안보를 이유로 소수의 예외를 인정하여 한결같이 암호 소프트웨어는 무기와 관련된다는 냉전의 사고방식을 고집하며 고급수준의 암호기술의 수출을 거부하였다. 더구나 소프트웨어 산업의 강력한 로비에도 불구하고, 클린튼 정부는 암호프로그램이 범원의 명령에 의해서 암호해독기관에게 집행권을 부여하는 조건부 위임규정을 포함시키는데 한결같이 거부하였다. 인권운동가나 프라이버시 옹호자들은 중앙정부에 과도한 권력을 부여하는 법안에 대해서 비난하고 있다.³³⁾ 다른 하나의 중요한 문제는 프라이버시의 보호이다. 유럽연합 데이터훈령(EU Data Directive)은 프라이버시 규칙을 준수하지 않는 유럽연합 이외 국가에로의 데이터의 유통을 금지한다. 이 훈령은 미국기업의 유럽시장의 진입을 봉쇄하기 위해서 1998년 10월부터 시행하고 있다.³⁴⁾ 전자거래에서 개인의 표현의

32) 국제적으로 공인되고 공정한 도메인관리체계, 법적 보장과 지원에 의한 소비자 자율규제, 기술중립적인 규제, 강력한 암호기술, 인터넷상의 법적 책임의 명확한 기준제시(네트워크 운영자, 접속서버, 발표자 등) 그리고 개인과 기업의 프라이버시를 보호하는 자유로운 정보유통의 필요성 인식; available at <http://wwwecho.lu/bonn/conference.html>과 www.iitf.nist.gov/eleccomm/ecom.html

33) Cyberspace Lawyer, 1998. January, p.10

34) 미국은 이에 대해서 정부규제가 인터넷에 유리하지 않다고 하면서 유럽연합의 규칙을

자유와 프라이버시의 최대한 보장이 전자상거래와 전자민주주의 및 전자정부 구현의 핵심 과제이다.

3. 가상공간의 법적 문제

가상공간의 법적 문제는 인터넷을 악용하는 사례에서 나타난다. 예컨대 국가안보나 국익을 침해하는 핵무기나 화학무기의 제조법 공개, 국제 테러단체의 활동, 인간존엄성을 위협하는 유전자복제실험, 아동포르노, 마약과 음란물의 유통, 인종차별, 종교분쟁, 경제불안의 전자사기, 신용카드 사기, 금융사기, 정보보안의 부정확한 해킹, 프라이버시 침해의 사이버 성희롱, 개인정보의 불법유통, 악의성 광고, 지적재산권의 침해 등의 무수히 많은 위협사태를 예상할 수 있다. 물론 인터넷 접근의 안전성을 확보하는 것과 마찬가지로 인터넷상의 유해한 내용의 규제는 가상공간의 신뢰성을 보장하는데 전제조건이다. 인간이 정보의 비대칭성에 기하여 자신의 부를 극대화하는 욕구를 가지고 있기 때문에 유해한 내용에 대한 규제방안은 가상공간의 공공성 또는 전자민주주의의 구현에 있어서 관건이다.

상기한 가상공간에 대한 법규제는 국제법, 헌법, 공사법 제 법률과 관련되어 나타나기 때문에 그러한 법영역의 특질에 따라서 구분하면 여섯 요소로 나타난다. 첫째, 헌법문제로서 cyberspace의 표현의 자유와 알권리 그리고 사생활의 보호; 둘째, 정보의 형평성에 관한 정치사회적 논쟁과 법철학의 이슈 그리고 정보의 자유; 셋째, 전자상거래에 따른 전자은행, 전자화폐, 전자계약과 거래에 대한 규제와 조세부과; 넷째, 지적재산권과 관련하여 디지털정보의 상품화와 가격 및 품질의 보장; 다섯째, 전자거래 안전성과 관련하여 해커(hacker), 전자성희롱(cyberstalking), 전자절도(cybertheft), 전자포르노(cyberpornography)의 규제방식; 여섯째, 상기한 법현상의 해결로서 재판관할권과 법규제정책을 불법행위 또는 형벌규제의 법이론에 있어서 철학적 논의를 고려하여야 한다. 이하에서는 인터넷의 유해한 내용에 대한 규제원리를 검토한다.

4. 인터넷 내용의 규제

인터넷은 개별국가의 영역을 벗어나서 개인이나 조직이 정보접근과 유통에서 거래비용을 현저히 낮추기 때문에 시장확대의 효과와 경제적 성과를 기대할 수 있다. 따라서 인터넷이용자(컨텐츠사업자, 호스트 서버, 네트운영자, 접속사업자,

비난하였으나, 1999년 1월에 클린턴 정부는 유럽연합의 개인정보 보호조치에 대하여 수용하는 입장을 공언하였다. 이제 미국 연방연방거래위원회(Federal Trade Commission)가 개인정보보호에 관하여 구체적인 규제권한을 부여하고 있다.

최종사용자 등)는 가상공간에서의 활동에 대하여 각기 국내법의 규제에만 의존한다. 그런데 각국마다 법체계나 법규제의 내용에 있어서 차이가 있기 때문에 사실상 법적 공백상태에 놓여있다고 본다. 특히 인터넷의 내용은 불법적인 내용과 유해한 내용으로 구분하여 규제방식과 법적 기술적 문제와 대응한다. 예컨대 성인이 아동포르노(child pornography) 접촉과 어린이가 성인포르노(general pornography)에 접촉은 분명히 법적 이슈를 달리함으로 아동포르노에 대한 규제가 불법적인 내용으로 판단할 수 있다. 따라서 불법적인 내용과 유해한 내용의 구분에 관한 기준을 어떻게 설정하는가는 중요한 문제이다.

(1) 불법적 내용에 대한 당연위법(per se rule)의 규제

국가마다 윤리, 도덕 또는 법익의 관념에 있어서 차이가 있으나 특정한 내용과 행위에 대하여 법적 규제를 한다. 즉 개인의 명예나 프라이버시의 권리보호, 지적재산권 내용에 대한 보호, 저작권의 침해나 도용 등이 형사범이나 공법적 규제 이외에 일반적인 사법상 손해배상청구 등을 통해서 법적 구제도 가능하다. 여기서 아동포르노, 인신매매, 인종차별, 테러리즘, 사기범죄 등은 반윤리적 및 반인륜적 내용에 해당하여 당연한 불법 내용이라고 본다. 이와 같이 객관적으로 불법적인 내용은 '당연 위법'(per se illegal)원칙에 따라서 국가간 협약으로 위법한 콘텐츠로 규제되어야 한다. 물론 콘텐츠 제공자는 물론이고, 호스트서비스 사업자도 배포를 용이하게 하므로 규제될 수 있다. 문제는 대개의 국가의 형법이나 특별법에 의해서 당연 불법 콘텐츠로서 규제되고 있으나, 이와 달리 다른 국가는 이를 불법한 콘텐츠로 규제하지 않을 때 통일적인 규제가 어렵게 되므로 국제협약과 같은 사법공조가 필요하다.

(2) 유해한 내용에 대한 합리원칙(rule of reason)의 규제

인터넷상의 유해한 내용은 대개 문화적 또는 개인의 가치관의 차이에서 기인하는 경우가 일반적이다. 물론 국가들은 개별적인 기준을 정해서 유해한 내용의 경계를 설정할 수 있다. 특히 개인의 표현의 자유와 프라이버시를 보호하기 위한 법규범을 정하되, 각국의 다양한 윤리적 기준을 고려하여야 할 것이다. 여기서 유해한 내용에 대해서는 합리의 원칙(rule of reason)에 따라서 규제하되, 내용의 성질과 영향력을 공적 또는 사적 내용인가를 구분하여야 한다. 왜냐하면 인터넷의 특성상 관련되는 법령의 인적 및 물적 적용범위가 복잡하고,³⁵⁾ 또한 법집행의

35) 인터넷의 유해한 내용과 관련하여 접속사업자, 호스트서버, 시스템관리자(sysops), 유해내용의 표현자와 그 표현의 상대방 등의 다양한 이해관계자들이 존재하기 때문에 이들에 대한 법적 책임을 어떠한 기준과 원칙에 의해서 규제할 것인가는 중요한 문제이다. 만약 책임범위가 협소하면 과도한 규제의 거래비용을 예상하거나 혹은 규제의 실효성을 기

장애가 많아서 규제의 실효성을 확보하기 곤란하기 때문이다. 그러므로 인터넷의 불법내용과 유해한 내용에 대한 감시와 법집행은 종래의 형법과 공법적 규제와 다른 법원칙을 필요로 한다. 적어도 인터넷의 메시지들은 다양하게 전송 및 재전송되기 때문에 실질적으로 이에 대한 통제는 네트워크의 진입점, 즉 사용자가 접속하거나 메시지를 읽고 저장하는데 필요한 서버와 인터넷 문서 자체가 만들어지는 서버에서만 가능하다. 더구나 국경내의 규제는 가능하지만, 전세계적 수준에서는 법집행은 거의 불가능한 실정이다. 비록 규제당국이 전자문서가 한 서버에서 삭제될지라도 그 문서는 다른 국가의 관할권에 있는 다른 서버에 쉽게 복사되어서 저장될 것이기 때문에 이 과정은 모든 사이트의 문서들이 삭제되어야 가능하다. 근원적인 규제방법은 죄형법정주의원칙에 반하는 문서의 피난처를 제거하기 위해서는 일반 국제법적 사범공조가 전제되어야 한다. 그러나 이의 실현가능성은 국가마다의 이해관계가 상이하기 때문에 아직은 기대가능하지 않다고 보여진다. 이와 관련되는 문제는 전자민주주의 실현을 위한 과제로서 검토한다.

IV. 전자민주주의 실천과제

1. 전자민주주의와 인간상

전자민주주의는 산업사회이후 대의제의 위기와 정당국가경향을 극복하여 진정한 민주주의를 복원시킬 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 대의제는 국가와 사회세력의 역할분담에 따라서 다원적인 이해관계를 정치영역에서 반영하는데 역량이 부족하였다. 왜냐하면 유권자는 자신의 일반적 이해를 정치의 장에서 반영하는데 다소 무관심한 반면에, 사회의 이익집단은 자신의 구체적 이해를 정치인에게 적극적으로 관철시키므로 일반인의 정치적 무관심을 야기하였다. 특히 정당의 정치력은 기존의 의회제도를 여야간의 대립과 갈등을 가져왔다. 나아가 여당이 다수일 경우에는 정부와 일체가 되기 때문에 국민들의 이해관계와 무관하거나 상반된 정책결정을 의회에서 결정하는 예가 비일비재하다. 따라서 정당구조는 소수의 과두화 현상에 따라서 정부와 의회도 소수지배구조를 낳으면서 국민들의 정치적 무관심이 심화되었다. 정보사회는 유권자들의 정치참여를 촉진하는 계기를 만들었다. 즉 공공정보의 공개와 정책결정에 대한 의사참여가 인터넷과 PC통신 및 미디어매체를 통해서 가능하게 되었다. 이제 전자민주주의는 정보통신의 혁명의 산물로서 전화, 쌍방향 TV, 컴퓨터, 인터넷 등의 거의 모든 매체들을 활

대하기 어렵게 된다. 반대로 책임범위가 넓으면 인터넷의 특성을 제한함으로 정보시장의 활성화나 기술혁신의 가능성을 억제하는 결과를 초래하게 된다. 이와 같이 인터넷에 대한 규제정책은 인권보장과 시장활성화의 역관계(trade-off)에 놓여있다.

용한 전자여론조사, 전자회의, 전자투표, 전자메일에 의해서 공공정책의 결정과정에 시민의 의사와 여론을 직접 반영하게 되었다. 사실 민주주의는 정치과정에 있어서 절차적 정의를 실현하기 위해서 필요악의 민주주의비용을 지불하였다. 이제 정보시장의 활성화는 이러한 민주주의 비용을 절감시키면서 고비용의 정당구조와 의회제도를 효율적이고 생산적이며 직접민주주의원리에 근접하게 변화시킬 것이다.³⁶⁾ 적어도 전자민주주의는 시민의 공권력의 집행과 공공정책의 결정과정에 대한 감시와 비판을 용이하게 하였기 때문이다. 그런데 전자민주주의에 있어서 실천과제는 사회구조와 인간상의 변화를 고려하여 참여방법의 안정성과 대표성을 어떻게 제도화하는가에 달려있다.

오늘날 사회구조는 개인으로서 인간, 인간들의 집합인 조직, 그리고 인간의 행위는 자신의 목적과 합치하도록 조직의 목표와 관련된다. 여기서 제도는 인간의 목적과 조직의 목표간의 균형을 유지하는 역할을 하는 것이다. 인간의 목적은 자신의 부 또는 이익의 극대화이고, 조직은 효율성을 목적으로 정하기 때문에 조직은 개인과 계약에 의해서 거래를 한다. 이 때 개인은 합리성에 의해서 의사결정을 하고, 또 효율적인 선택은 개인의 기호, 기술적 기회와 자원의 이용가능성에 대한 정보를 요구한다. 그런데 사회 속에 정보는 분산되고, 제한적이기 때문에 정보의 비대칭성을 결과한다. 특히 개인은 자신의 필요와 욕구를 얼마나 충족하는가의 효율성에 입각하여 조직의 가치를 평가한다. 따라서 제한된 합리성을 가진 개인이 이익을 극대화함에 있어서 거래비용을 감소하는 제도를 요구하게 된다.

원래 제도란 사회에서 적용되는 게임의 규칙으로서 인간의 상호작용을 구체화하며 또한 거래에서 인센티브를 구조화한다. 제도는 공식적 또는 비공식적 제도로 구분된다.³⁷⁾ 제도는 거래비용과 생산비용에 영향을 미치고, 또한 사회제도의 역할은 인간의 상호작용에 안정적 구조를 형성함으로써 거래의 불확실성을 감소시킨다. 따라서 정보입법은 전자민주주의를 구현함에 있어서 시민 상호간의 거래비용을 최소화하는 입법원리를 필요로 한다. 특히 정보입법의 영역은 입법과정과 집행단계를 구분하여 논하기 어려운 문제가 있다. 왜냐하면 입법적 실패가 사법

36) 예컨대 여론조사는 온라인에 의해서 직접 신속하게 수행할 수 있게 되었다. 이전에는 여론조사단체가 상당한 비용을 받고 수행하여 결과를 얻는데 상당한 시간을 소요했다. 외국의 의회는 토론과정과 의안에 대한 검토의견서 등의 모든 의회내의 정책결정 과정에 대해서 Online상 실시간으로 제공하기 때문에 여론의 향방과 이해관계인의 의사를 충분히 반영하는 정책결정이 가능한 실정에 있다. 따라서 투표의 싸이클링(cycling)이나 다수결의 역할과 같은 의사결정의 공정성과 소수의 보호에 충실하게 되고 있다.

37) D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cambridge Univ. Press, 1990, p.3f

과 행정의 실패를 결과하며, 나아가 정보시장을 위협하여 사회 전체의 비효율성을 결과하기 때문이다. 이하에서 정보입법정책의 몇 가지 기본원리에 관하여 검토한다.

2. 전자민주주의의 전제조건³⁸⁾

전자민주주의는 민간정보시장의 발전에 따라서 공공정보의 개발과 유통을 촉진하는 과정으로 전개될 것이라고 예상된다. 우선 전자민주주의 실현은 하드웨어의 면에서 정보접근과 유통에 필수적 정보 네트워크 인프라가 구축되어야 한다. 정보시장의 자유로운 접근을 위한 시설이용과 소프트웨어 가격이 저렴하여야 한다. 이는 정보의 형평성을 보장하는 필수조건이다. 또한 정보의 인프라와 소프트웨어의 표준화를 고려하여야 한다. 소프트웨어 표준화는 정보접근의 진입비용을 최소화하고, 정보호환성을 가능하게 함으로써 정보시장의 거래비용을 절감한다. 특히 표준화는 정보시장의 특성상 초기 시장진입자가 독점지위를 향유함으로써 시장기구의 실패를 방지하는데 필수적인 요소이다. 다음으로 전자민주주의 실현을 위한 소프트웨어의 측면에서 정보접근의 전제조건을 검토할 수 있다. 오늘날 기업경영에 관련되는 정보는 가장 기본적인 행정정보에 해당하고, 또 비행정정보(non-administrative information)인 경제 및 산업 통계, 금융정보, 지리정보 등도 역시 마케팅 전략, 투자전략 결정, 무역과 재무경영 판단에 있어서 중요한 가치를 인정하지 않을 수 없다. 만약 공공정보의 접근이 곤란한 경우에 지역에 기반을 둔 기업은 그 지역과 시장의 특성에 익숙한 반면에, 외부의 기업은 비교열위에 처하게 된다.³⁹⁾ 좋은 예로서는 보험시장에 있어서 보험업자의 정보의 비대칭성을 전제할 수 있다. 국내보험사들은 보험시장의 정보를 가지고 있기 때문에 독점적 지위를 향유할 수 있다. 따라서 신규보험사는 보험시장의 정보가 공공정보로 개발되어 접근이 가능할 때 보험시장진입이 가능하게 된다는 점을 알 수 있다. 그러나 현행 정보공개법은 원칙적인 정보공개를 인정할 뿐이고, 실제로 정보공개의 예외규정이 원칙으로 운용되고 있다. 여기서 전자민주주의의 전제조건들은 정보접근 이익의 존재와 정보접근의 면제와 정보공개의 절차, 사생활의 비밀

38) 줄고, 앞의 논문(주.1), 307-313 쪽 참조

39) 금융시장의 개방은 각국의 금융정책의 패턴을 이해하고, 또 개별국가의 금융시장의 특성을 파악하는데 장기 10년 또는 단기 3년 이상의 시장분석의 기간이 소요된다. 때문에 금융시장의 개방은 외부적 충격이 없이는 쉽게 개방효과를 얻기가 쉽지 않다는 특성이 있다. 해당 정부의 금융정책에 대한 반응을 통해서 금융시장의 행동패턴과 시장구조를 이해하는 것이 용이할 수 있다. 전형적으로 한국은 소매금융시장과 도매금융시장의 형태로 구분하기 쉽다는 특질을 보인다.

보호 등을 들 수 있다.

(1) 정보접근 이익의 존재

일반적으로 개인이나 기업은 공공정보의 접근이익을 요하지 않고, 일정한 조건 하에서만 접근이익을 필요로 한다. 따라서 전자정부는 시민의 공공정보의 공개요구에 거부할 수 없고, 다만 접근면제의 정당한 이유를 들어서 공개하지 않을 수 있다. 문제는 정부가 공공정보의 비밀을 추정하는 관행 때문에 정보공개와 비밀유지의 이익형량보다는 불합리한 정보접근의 부인을 유지하고 있다. 정보접근권은 정보비밀유지의 보호이익의 한계 안에서 제한되므로 절대적 성질을 갖지 아니한다. 따라서 정보비공개이익은 정보의 사용목적, 청구자의 의사를 고려하여 개인의 법적 이익, 프라이버시의 보호범위, 기업비밀, 국가이익에 관하여 정보접근제한의 정당한 이유와 그에 대한 입증책임을 요건으로 명확히 하여야 한다.⁴⁰⁾ 그런데 현행 정보공개법은 접근면제의 사유가 광범위하고, 특히 비공개사유의 입증책임에 관해서 불명확한 까닭으로 국민의 정보자유 및 정보공개청구권을 과도하게 제한할 우려가 있으므로 법개정을 요한다고 판단된다.

(2) 정보접근 면제요건

국가의 정보공개입법들은 네 가지 기준에서 정보접근면제의 사유를 들고 있다. 첫째, 국가안보, 공공질서, 경제적 이익, 외교관계, 입법절차 등의 국가이익에 있어서 배타적 권한을 인정한다. 둘째, 제3자의이익과 관련하여 프라이버시(Privacy), 지적재산권, 영업비밀, 사법절차 등을 이유로 정보접근을 면제한다. 셋째, 관련 행정기고나이 불합리한 비용이나 예정업무부과로서 이미 출간되었거나 또는 과도하게 요청한 정보의 불필요한 반복을 면제사유로 든다. 넷째, 내부 또는 사전적 정보이용과 같이 행정내부의 의사결정을 보호하고자 정보접근을 면제한다.

그런데 현행 정보공개법은 정보공개의 제한을 포괄적으로 열거하여 규정함으로써 '소위' 정보비밀보호법으로 칭해지는 형편이다. 예컨대 국가안전보장이나 국방, 통일 등의 국가이익의 정의가 명확하지 않기 때문에 관련 정보는 대부분 국가이익에 해당하므로 접근이 제한될 우려가 있다. 또한 동 법은 관련 정보의 공개이익과 접근면제의 이익을 형량에 있어서 명확한 기준과 행정청의 명확한 입증책임을 부여하여야 한다. 그러나 종래 법원의 국가비밀에 대한 관례의 입장을 고수할 경우에는 정보접근의 면제를 합리화하는 결과만을 낳을 것이 분명하다. 결국 공개면제의 사유를 엄격하게 제한하고, 절차적 적법성에 입각하여 당해 행정청이 합리적인 제한사유의 정당성에 대하여 입증책임을 부여할 것이다. 그밖에

40) Ton A. L. Beers, "National Secrecy Interests versus Public Access", INFO 2000, p.1

디지털정보의 유통에 따라서 공공정보의 디지털화는 정보공개 범위와 정보량을 결정함에 있어서 중요한 과제인 것이다. 특히 공개결정의 기간이 장기간 방치될 경우에 법적 보호이익의 소멸이나 상실의 우려가 고려되므로 가급적 단기의 숙고기간을 허용함이 타당하다.

전통적인 데이터와 적법절차의 문제(표-5)

번호	구분	실시간 규제 영장발부	압수영장여부	제출명령여부	조사, 수색 관련자 통고여부
	실시간(Emaildata)	필요	해당(무)	해당(무)	불필요(사후)
	미개봉Email(180일 미만 서버저장)	해당 (무)	필요(고용인권리 한 정)	불필요	불필요
	개봉Email(180일미 만 서버저장)	해당(무)	필요/ 예외(유)	필요(논쟁,유)	불필요(제출대체)
	E-mail(180일이상 서버저장)	해당(무)	불필요(제출명령가능)	필요	불필요(영장대체)

3. 사생활비밀의 보호⁴¹⁾

공공정보의 공개는 관련 사익과 보호되는 공익간의 범익형량을 필요로 한다. 인터넷이용의 급증과 정보형식의 디지털화에 의해서 공공정보와 민간정보가 대량으로 유통되고 있다. 그런데 정보시장의 활성화는 개인의 공적기록사항과 기업의 노하우나 영업비밀 등을 상업적 이용의 위험이 높아지고 있다. 적어도 공공부문은 일면으로 정보의 상업적 이용과 공개의 필요성과 타면으로는 확립된 원칙으로서 비공개 목적을 고려한 사생활비밀의 보호 양자간의 균형을 유지하여야 할 책임이 있다. 그런데 전통적 서류 등의 기록, 전화통신, hard drive나 디스켓에 저장한 전자기록의 보호정도가 문제로 된다. 전통적으로 적법절차원리에 입각하여 작성자가 가정과 사무실의 서류상의 기록, 컴퓨터 하드디스크나 디스켓에 저장한 데이터에 대한 강제수사가 필요할지라도 법원의 영장발부가 원칙적으로 필요하다고 해석된다.

41) 상세한 내용은 다음 문헌을 참조. 정영화, 「개인정보보호 감독기구 도입을 위한 법제도 개선방안연구」, (연구보고서) 한국정보보호센터, 2000.11.

** E-mail 데이터와 적법절차 문제 (표-6)

보호 \ 구분	현장규제시에 법원영장 여부	직접압수시에 법원영장 여부	제출영장 여부	제출명령시 관련정보 고객·독자 통고 여부
가정·사무실서류 (기록자가 점유)	해당(무)	영장(유) (권리자에게 통고)	영장(유) (권리자에게 통고)	영장(유) (예고: 법원 재량)
디스크저장데이터 (기록자가 점유)	해당(무)	영장(유) (권리자에게 통고)	영장(유) (권리자에게 통고)	영장(유) (예고:법원 재량)
전화통화	영장 (유)	해당 무	해당 무	영장(무) (고지: 항상 사후)

첫째, 종래의 서류에 대한 실시간(현장) 제한은 기술적으로 가능하지 않으므로 해당이 없고, 직접 압수와 제출명령의 경우에 법원의 영장발부가 필요하다. 물론 그 증거자료의 권리가 고용인이 점유하면 그에게 통고해야 한다.

둘째, 컴퓨터 하드디스크(hard disk)에 저장하는 데이터의 실시간 규제는 비현실적이고, 그에 대한 압수명령이나 제출명령의 경우에 영장을 필요로 하며, 점유자의 권리에 속하면 그에게 통고하여야 한다. 나아가 그 증거자료와 이해관계를 가진 소비자, 구독자가 있으면 제출명령의 경우에 법원의 재량에 의해서 통고를 할 수 있다.

셋째, 전화내용은 전기통신사업법과 통신비밀보호법에 의해서 실시간(현장) 감청의 경우에는 법원의 영장을 필요로 하고, 전화통신 내용은 전기통신사업자에게 제출명령으로 조사되기 때문에 별도의 압수영장을 요하지 않는다. 다만 전기통신사업자가 관련 자료를 제출할 경우에는 형사소송법의 물증 등의 보호방법이 있다.

E-mail 데이터의 규제는 인터넷 시스템의 운영자(이하 'sysops'라 함)를 직접적인 대상자가 되는 것이 일반적이다. 운영자는 그의 서비스 기능으로서 그들 이용자에 관한 무수히 많은 정보를 수집 및 저장한다. 그는 이러한 정보관리자로서 정보 요청과 특히 자료의 제출영장(subpoenas)에 대응하여 합리적인 정책이 필요하다. 경험에 의해서 대부분 운영자는 네티즌들이 법적 규제에 협조하여서 형벌의 처벌을 받는 일이 없을 정도로 선량한 이용자의 프라이버시의 기대와 자신의 이익과 명성과의 균형을 유지하고자 한다. 나아가 운영자들은 이용자의 정보와 저장된 정보의 공개에 관하여 규정한 서비스 조건하에서 계약이행과 법령 및 프라이버시 보호를 염두에 두고 있다. 대개 운영자는 실제로 접근가능한 정보(Readily Accessible Information) 인 전자게시판(electronic bulletin board)의 내용을 제3자에게 공개하고 있다. 또 이용자의 정보는 법원의 영장이나, 명령 및 본인의 동의에 의해서 이용자에 대한 정보를 수집할 수 있다. 끝으로 일반적으로

시스템 상의 저장과 송신 및 보관된 데이터의 내용을 공개하는 것은 금지되어있다. 이러한 정보데이터의 내용은 그 표현의 실질내용과 취지, 의미에 대한 정보이므로 적법한 절차에 의하지 않고 공개하는 것은 자유로운 표현의 자유에 대한 중대한 기본권의 침해를 야기한다.

실례로 E-mail에 대한 법적 보호의 정도는 원칙적으로 실시간 제한하거나, 또는 직접 압수하는 경우 그리고 규제당국의 제출명령의 경우에 원칙적으로 보호된다고 본다. 첫째, Email의 실시간 규제는 현재 이동중(in transit)의 Email 데이터의 제한을 위해서는 객관적 범익의 침해와 그의 현재성과 긴급성을 조건으로 영장발부가 요구된다. 만약 실시간의 전자적 데이터의 접근과 유통을 적법절차원칙에 의해서 규제되지 않으면 비례원칙에 반하는 표현의 내용에 대한 검열과 같다. 이동중 E-mail 내용은 압수나 제출명령의 대상으로 특정할 수 없는 기술적인 문제가 있지만, 이는 엄격히 표현의 자유법리에 의해서 강하게 보호된다.

둘째, 180일 미만 서버에 저장된 E-mail 데이터는 개봉 유무와 관계없이 압수명령의 대상일 경우에는 영장발부를 요하며, 다만 점유자에게 통고가 필요하다.

셋째, 180일 이상 인터넷 서버에 저장된 E-mail 데이터는 제출명령에 의해서 충분히 취급할 수 있기 때문에 영장의 발부를 요하지 않는다고 해석된다.

넷째, 기타 Email 데이터의 제출명령이나 조사시에 그 데이터와 관련되는 소비자나 구독자에게 통고를 요하지 않는다고 해석된다.

요컨대 전통적 데이터에 대한 적법절차원리가 전자적 데이터에 대한 규제를 동일하게 적용하기 어려움을 알 수 있다. 그래서 미국은 전기통신비밀보호법(Electronic Communication Privacy Act; ECPA,1986)을 수시로 개정하여 운용하고 있고 또한 일반적 공개금지의 예외로서 여섯 가지 원칙을 명시하여서 데이터 내용을 공개할 수 있도록 규정하고 있다.⁴²⁾ 특히 E-mail 데이터의 규제와 관련하여 암호키의 운용을 전제하게 된다. 데이터의 암호운용은 프라이버시의 보호와 제3자의 침해로부터 최소한의 보호장치로서 정보시장의 안전성과 이용자의 신뢰성을 확보하는 까닭에 중요한 의미를 가지고 있다. 따라서 전자적 거래관계에서 발신자와 수신자간의 신뢰성과 정보인프라의 안전성을 최소한 보장하기 위해서 전자인증과 전자서명의 기술과 관련법제의 중요성을 강조하지 않을 수 없다.

42) 첫째, 데이터의 발신자와 의도한 원래의 수신자, 둘째 공적 조사를 조력하도록 법적으로 권한을 부여받은 법무부장관이 임명하였거나 법원의 영장이 발부된 경우, 셋째 데이터의 발신자나 원래의 수신자, 서비스의 구매자의 적법한 동의를 받는 경우, 넷째 그러한 데이터의 최종적인 이용을 위해서 그 시설의 고용인이나 권한이 부여된 자, 다섯째 그 서비스 제공자의 권리나 재산을 보호를 위해서 또는 서비스의 이용에 긴급한 필요가 있는 경우, 여섯째 그 서비스 제공자가 데이터의 내용이 우연히 얻었거나 또는 수사기관과 관련되는 경우에는 법집행기관에 데이터를 공개한다.(U.S.C.§2703(c)(1), §2702(b))

V. 전자문서의 동일성과 신뢰성의 보호

1. 전자문서의 의의

전자문서는 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성, 송수신 또는 저장된 정보를 말한다(전자거래기본법 제2조, 전자서명법 제2조). 그런데 모델법은 전자문서를 데이터 메시지(data message)로 규정하여 전자서명법과 동일한 개념으로 “전자문서는 EDI, E-mail, 텔레그램, 텔레카피, 혹은 텔렉스를 포함하여 전자적, 광학적 혹은 이와 유사한 방법에 의해 작성, 송수신, 저장된 정보를 의미하고”(제2조a) 또한 이는 ‘상업적 활동’⁴³⁾과 관련하여 사용되는 모든 종류의 정보에 적용된다(제1조). 특히 전자문서의 법적 근거는 전자거래기본법과 전자서명법이 기본법이고, 기타 EDI에 대한 법령⁴⁴⁾이 시행되고 있다. 또한 모델법은 전자문서에 대하여 강제집행이나 적법성에 있어서 일반 서류와 동일한 법적 효력을 인정하여 법적 동일성을 기본원칙으로 명시한다(제5조). 여기서 전자문서가 문서로서 효력을 갖기 위해서는 전자서명과 전자인증이 기술적으로 보완되어야 할 것이다.

2. 전자서명법제

(1) 전자서명의 의의

서명이란 문서작성자가 일반에게 자신이 직접 작성한 문서란 사실을 입증하기 위해서 자필로서 자신의 성명을 기재하는 것이다. 이 서명의 법적 효력은 그 문서가 서명자에게 속한다는 증거가 되고(증거능력), 또 서명자의 행위에 대한 법적 의의를 환기시키는 외관을 창출하고(주체의 특정), 그리고 법적으로 서명자가 그 내용에 대한 구속된다(기속력)는 점을 포함한다.⁴⁵⁾

전자서명법상 전자서명이란 “전자문서를 작성한 자의 신원과 전자문서의 변경 여부를 확인할 수 있도록 비대칭암호화방식을 이용하여 전자서명 생성키로 생성

43) ‘상업적’ 의미는 계약과 상거래 문제해결을 위해서 물품, 서비스 거래, 금융업, 보험업, 합작투자, 운송업 등 광의의 활동을 의미한다.

44) ‘무역업무자동화촉진에관한법률’에는 “전자문서란 컴퓨터간에 전송 등이 되거나 출력된 전자서명을 포함한 전자자료를 말한다”고 규정하고(제2조7호), 그밖에 증권거래법시행령, 전산망보급확장및 이용촉진에관한법률(제2조), 화물유통촉진법(2조), 공업및에너지기술기반조성에관한법률(제2조), 유통산업촉진법(제2조), 사무관리규정(제3조), 헌법재판소공문규칙(제3조)이 있다.

40) 藤原宏高, サイバ|스베|스法規制, 日本經濟新聞社, 1997,217-8면; 법무부, 외국의 전자서명법제, 1997, 5쪽 참조

한 정보로서 당해 전자문서에 고유한 것을 말한다”(법 제2조 2호)고 정의한다. 즉 개방적인 네트워크를 이용한 거래관계는 당사자가 직접 대면하지 않기 때문에 거래의 상대방이 실재하는지 또는 실제 거래자가 명의인과의 동일성을 확인하기 위해서 전자문서에 대한 서명과 인증제가 필요하다. 이러한 전자문서의 신뢰성의 보장은 당사자의 동일성과 전자문서의 완전성을 증명할 수 있는 신뢰받는 제3의 인증기관⁴⁶⁾이 필요하다. 물론 전자서명은 당사자의 전자문서를 작성하고 송수신할 경우에 암호화 기술에 의해서 3자의 불법적인 복사나 위·변조를 예방하는 의미에서 분쟁예방의 역할을 수행할 수 있다. 여기서 전자서명은 네트워크에서 송·수신되는 데이터의 위조나 변조를 방지하고, 데이터 전송과정에서 발생하기 쉬운 오류나 위협을 적절배분하고, 공정한 책임분담을 지우기 위해서는 암호기술과 신뢰하는 인증기관의 공정성을 담보하여야 한다.

(2) 전자서명 법적 특성

전자서명의 특성은 당사자가 서명한 계약내용에 구속된다는 사실과 그 당사자가 계약내용의 작성자란 사실을 증명하고, 그 계약서와 상대방과의 법률관계의 성립(존재)을 확인하며, 그리고 특정한 장소와 시간에 특정인이 실재한다는 사실을 증명하는 서명기능을 포함한다. 예컨대, 한국의 인터넷 쇼핑몰(갑)이 일본의 을에게 상품구매의 주문을 받았다면, 첫째, 갑은 을이 실제로 주문한 사실과 전자문서의 주문이 송신 도중에 제3자가 조작하거나 변경하지 않았다는 사실을 알아내는 것이 문제이다. 전자적 정보처리는 사실확인이 기술적으로 어렵고, 또 조작이 용이해서 원본의 암호화에 의해서 완결성을 보장하는 인증서를 필요로 한다.⁴⁷⁾

한편, 전자서명은 문서암호화와 구별된다. 전자서명은 전자문서에 암호화하지 아니하여 제3자의 문서열람이 용이하고, 이는 전자문서 작성자의 신원, 작성내용이 송·수신중에 변조되지 않았다는 사실을 증명하고 또 작성자가 작성사실을 부인할 수 없음을 보장한다. 즉 전자서명은 문서의 작성과 관련하여 형식적 인증성, 실질적 완결성, 절차적 부인방지의 보안효과를 내포한다. 다만, 제3자가 문서내용을 접근하거나 열람하는 비밀성을 기대할 수는 없다는 점이다. 여기서 문서 자체를 암호화하여 권한없이 제3자가 그 문서내용의 접근이나 누설을 방지하는 것이다.

46) 인증기관이란 인증서를 발급하고, 이로써 다른 사람 행위의 법적 효력을 발생시키는데 중요한 사실의 정확성을 입증하는 사람이다. 또 사람(person)이란 메시지를 보장할 수 있는 일정한 물리적 존재 또는 법적 주체이며, 회사, 조합, 정부기관 기타 권리능력 주체를 총칭하는 개념이다.(藤原宏高, 사이버|스페|스 & 法規制, 日本經濟新聞社, 1997, 237-8면)

47) 吉田一雄, 電子署名 法律入門, 法學セミナー, 1997, 52-55면

(3) 전자서명과 암호화의 관계

전자서명의 종류는 대칭적 암호방법 및 비대칭적 암호방법을 이용한 전자서명과 기타 전자서명이 있다. 사실 암호화의 방법은 고전적 암호방식⁴⁸⁾과 현대암호방식으로 “공통키암호화”와 “공개키암호화”로 대별된다.⁴⁹⁾ 각주의 ‘TFPWM LPSFB’의 암호문(Cryptogram)에서 문자를 전후로 이동하는 방법은 알고리즘으로서 규칙적인 문자의 이동간격을 ‘키’라고 한다. 따라서 암호화를 위해서 미리 결정한 알고리즘과 ‘키’ 변수적용으로 생성되는 키(‘암호화키’)와 암호해독키(‘복호화키’)라 한다.

오늘날 정보유통은 특정인과 불특정 다수인, 또는 특정 다수와 불특정 다수의 다양한 거래관계로 확대되면서, 수신자는 상이한 다수의 송신자로부터 암호화한 정보를 수신하거나 혹은 특정한 송신자는 암호화한 정보를 상이한 다수의 수신자에게 송신하게 된다. 예컨대 본인의 동일성을 확인하는 전자서명은 송신자와 수신자간에 특정인과 불특정 다수의 관계가 성립된다. 따라서 수신자가 암호화 비밀키를 실제로 수신하는 대신에 각기 상이한 암호화키와 복호화키를 사용하되, 암호키 하나를 공개하는 방식이다. 공개키방식은 암호화키와 복호화키를 다르게 해서 암호화키는 공개하되 복호화키는 암호해독자의 비밀키로 하는 것이 핵심이다.⁵⁰⁾ 공개키암호방식은 전자서명에 사용된다. 송신자는 정보를 자신의 비밀키로 서명하고 수신자의 공개키로 암호화하여 보낸다. 수신자는 자신의 비밀키로 정보를 복호화하여 발신자의 공개키를 사용하면 정보의 안전성을 보장할 수 있다.⁵¹⁾ 공개키 암호방식은 당사자가 직접 대면하지 않고도 계약서명을 가능하게 한다.

48) 암호학(cryptology)의 용어는 일반 ‘SEOUL KOREA’ 원문(plaintext)이 「TFPWM LPSFB」해독 곤란한 문장으로 변환되는데, 이는 본래 단어의 바로 뒤 단어나 또는 앞 단어로 전환시키는 방식이다. 이를 ‘시저암호’라 한다.

49) ‘공통키암호방식(symmetric single key cryptosystem) 송신자가 특정한 키로 암호화한 정보를 송신하면, 수신자도 대칭적으로 동일한 키로 복호화하는 방식이다. 즉 송신자와 수신자가 공통의 키를 사용하므로 당사자 이외의 사람에게는 보안을 유지한다. 다만, 이런 암호방식의 문제는 수신자가 암호해독의 동일한 키를 수신하기 어렵다는 점이다. 따라서 새로운 ‘공개키암호방식(asymmetric public key cryptosystem)이다. 이 방식은 암호화키와 복호화키가 다른 시스템으로서 암호화키는 공개되는 공개키(public key)이고, 수학적으로 관련되는 복호화키는 비밀키(private key)이다. 그래서 누구나 공개키로 원문의 암호화는 가능하지만, 그 암호문 해독의 비밀키를 가진 자만이 원문으로 복원할 수 있다.

50) 공개키 방식은 자동문의 개폐장치와 유사해서 자동(공개키)로 폐하고, 반드시 비밀키로 개방한다. 현재 암호방식은 송신자는 먼저 복호화키를 결정하고서, 이에 대응한 암호화키를 공개하여 암호화한 문서를 수신자에게 송신하는 방식이다.

51) available <http://www.iccwbo.org/guidec2.htm>

3. 전자인증의 법제

(1) 전자인증의 의의⁵²⁾

전자인증은 전자서명검정기가 자연인 또는 법인소유의 전자서명생성기에 합치한다는 사실을 확인·증명하는 행위이고(전자서명법 제2조 6호) 또한 인증서는 전자인증하는 전자적 정보이다. 따라서 인증서의 요건은 인증서를 발행하는 인증기관임을 증명하고, 암호키 소유자의 전자대리인이나, 장치 또는 키의 소유자를 확인하고, 암호키 소유자의 비밀키에 대응한 공개키를 포함하고, 공개키의 사용범위와 등록의 운영기간을 지정하고, 그것을 발행하는 인증기관에 의해서 디지털서명된 전자문서를 의미한다. 한편, 인증기관은 인증서의 정당한 키보유자가 취소청구하고, 또 취소청구자가 정당한 키보유자 또는 적법한 대리인임을 확인한다. 물론 자연인(키보유자)의 사망사실 증명이나, 해산된 법인의 인증서를 취소할 수 있고, 또 인증키보유자는 그의 비밀키를 분실 혹은 오용이 우려되면 취소하여야 한다.

(2) 인증기관

전자문서의 인증은 송신자의 원문의 동일성 확인의 '데이터인증', 송신자가 정당한 수신자확인인 '수신자인증', 수신자의 수신부인방지의 '수신부인방지'를 포함한다. 이러한 인증권한은 공정한 제3자기구로서 인증기관을 전제한다. 인증기관은 신청자의 인적사항, 주소, 공개키 등의 정보제공자와 거래관계 있는 자의 인적사항과 비밀키 등을 확인하는 공개키의 인증서를 발급하는 공신력을 가진 제3자이다.

문제는 이러한 인증기관을 일정한 공신력의 표준요건을 구비한 자에게는 무제한 인정할 것인가 혹은 소수만을 인정할 것인가에 대한 결정을 필요로 한다. 결론적으로 인증기관은 초기에는 하나 또는 소수를 인정할 수 있지만, 법적으로 일정한 표준을 구비한 경우에는 다수로 인정할 수 있다고 본다. 왜냐하면 인증기관은 사생활의 비밀과 관련하여 중요한 법적 의무가 부과되므로 암호기술의 개발과 발전을 위해서 소수의 독점구조를 유지할 경우에는 독점의 폐해나 시장경쟁을 저해하므로 암호기술 등의 시장경쟁의 조건을 유지하는 것이 필요하기 때문이다. 실제 전자상거래에서 상대방의 신분확인, 거래내용의 부인방지 등의 문제 해결은 암호기술의 발전에 따른 공개키의 인증기술의 활용을 권고하고 있다.

인증기술은 네트워크에서 자신의 신분을 상대방에게 증명하는 기술이다. 이는

52) 藤原宏高, サイバ|스베|스と法規制, 日本經濟新聞社, 1997, 242-3면; 日本法務省, 電子取引法制に關する 研究會中間報告, 1998; 김은기, 전자인증과 법률문제, 1997; available <http://www.ecomm.or.jp>; www.mof.go.jp; www.boj.go.jp; www.mpt.go.jp

가상공간에서 상대측에게 자신의 신분을 증명하는 수단을 의미한다.⁵³⁾ 공개키암호방식은 부여된 공개키가 진정한 것인가를 확인하는 문제가 있다. 부연하면 해커가 임의로 키쌍을 생성시켜서 공개키를 모용하면 이를 확인할 수 없기 때문에 공개키의 확인은 신뢰할만한 제3자가 개입할 필요성을 고려한 것이다.

(3) 인증기관의 권한⁵⁴⁾

인증기관의 주된 업무는 인증서의 발행, 신청인에 대한 디지털서명과 이에 필요한 정보제공의무 그리고 개인의 프라이버시와 관련된 정보보호의무가 있다. 우선 정보제공의무는 신청인에게 안전한 디지털서명과 그 서명의 확인을 위하여 필요한 방법에 대한 정보와 기술부품 및 비밀정보를 제공하여야 한다. 인증기관은 현재의 디지털서명에 대한 안전성이 시간의 경과로 인하여 감소되기 전에 디지털 서명된 문서를 다시 서명할 필요에 대하여 신청인에게 정보를 제공한다⁵⁵⁾ (제6조 참조).

다음으로 정보보호의무는 인증기관이 인증서 발행에 필요한 범위 안에서 본인에게 직접 개인정보를 수집할 수 있다. 또 제3자의 정보수집은 그의 동의를 조건으로 사용 가능하고, 이외의 목적을 위한 정보사용은 법령이 허용하는 경우 또는 본인의 동의에 한정된다. 그리고 인증기관은 범죄, 행정질서 위반에 대한 기소, 공공질서유지 또는 헌법기관 등 정부기관의 법적 직무를 수행하는데 필요한 경우에만 소유자의 신분확인에 관하여 문서로 정보를 제공하여야 한다(법 제12조 1-2항참조). 이와 같이 독일의 전자서명법은 인증기관의 정보제공 및 보호의무를 엄격하게 제한하고 있다.

그런데 현행 전자서명법은 공인인증기관의 주체는 국가기관, 지방자치단체, 법인에 한정하고, 인증업무를 안전하고 신뢰성있게 수행할 능력을 조건으로 기술능력, 재정능력, 시설 및 장비능력 기타 필요한 사항을 구비하도록 규정하고 있다. 특히 치명적인 입법결함은 인증기관의 결격사유에 관하여 범죄자에게 일정한 기간경과 후에는 인증기관을 운영할 수 있다는 점이다(제5조). 즉 금고이상의 실행

53) 즉 자신을 타인에게 증명하기 위하여 전자문서 형태의 인증서를 사용하고, 인증서의 내용은 실제 사용하는 신분증 또는 인감증명서와 동일하다.

54) 국제전자상거래의 일반관례, 대한상공회의소 및 ICC 한국위원회, 1998; 대한상공회의소 및 ICC 한국위원회, ICC 국제무역정보- ICC 전자상거래, 1999; available <http://www.moj.go.jp>

55) 모든 호스트가 공개키의 안전사용을 위해서 통신으로 오프라인에서 공개키를 확인한다면, 인증서비스는 과도한 거래비용을 수반한다. 이러한 거래비용의 감소는 공개키 진위의 확인, 인증기관의 공개키 서명으로 키사용자의 신분을 증명한다. 인증은 사용자의 공개키로 인증서 작성하여 인증기관의 비밀키로 암호화한 인증서 발행으로 제3자의 위조나 변조를 방지하는 기술에 기초한다.

의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행이 면제된 날로부터 2년이 경과한 자, 또는 금고이상의 형의 집행유예의 선고를 받고 그 집행유예기간이 종료된 자, 더구나 인증업무의 정지 및 지정취소 등을 받은 후 2년이 경과하면 인증업무를 재개할 수 있다는 점이다. 이는 중대한 입법적 미비사항으로서 신용정보의 가장 핵심적인 업무에 관하여 범법자의 직업선택의 자유를 제한하는 것이 논리적 귀결임에도 이를 허용하게 된다. 때문에 한국에서 범법자들은 기간만 경과하면 언제든지 재범의 위험을 내포하고 있다. 적어도 정보보호와 신용제도의 본질사항의 각종 업무는 범법자의 접근을 본디부터 차단하는 입법조치가 요구되며, 이는 지극히 합리적이고 타당한 이유에 의해서 영업자유를 제한하므로 위헌의 여지가 없다고 본다.

(4) 인증기관의 책임

인증기관은 인증업무의 인적범위와 관련하여 당사자에 대한 계약책임과 제3자의 신뢰자에 대한 신뢰책임을 부담한다. 또한 인증기관은 인증실무준칙을 채택하여 인증업무를 운영하도록 한다. 현행 전자서명법은 업무준칙사항을 정하여 정통부장관에게 신고하도록 한다(제6조). 즉 인증업무의 종류, 인증업무의 수행방법과 절차, 인증서비스 이용조건과 이용요금, 기타 필요한 사항으로 개략적으로 정하고 있다. 사실 인증실무준칙(certification practice statement)이란 인증기관이 인증업무 및 인증절차, 인증서발급에 관한 준칙이다. 즉 이는 인증서신청자의 신분확인, 암호키의 작성, 인증서 발급취소, 회계검사 등을 수행할 인증기관의 운영과 정책 및 보안체계를 포함한다. 특히 인증실무준칙은 인증기관으로부터 인증서발행과 운영 및 취소의 경우에 모든 신뢰자에게 통지도 포함한다.

우선 모델법은 인증기관의 계약책임에 관하여 인증서계약의 사적자치에 입각하여 책임을 정한다(11조1항). 인증기관은 합의로 인증서 기재내용의 흠결, 기술적 애로, 기타 유사한 이유로 인한 배상책임을 면제받을 수 있다(11조2항). 또 인증기관은 고의나 과실로 발생한 손해의 무제한책임을 인정하여 인증기관이나 그 대리인의 부정행위를 규율한다.

다음은 인증기관의 인증서를 신뢰한 제3자에 대한 신뢰책임이다. 인증서는 적법한 권한과 안전성에 관한 외관을 구비하기 때문에 인증기관에 대해서 신뢰한 상대방에 대한 법적 책임을 인정한다(제12조 참조). 첫째, 부주의로 인증서발행의 오류가 있는 경우, 둘째 인증서 등록이나 취소 등 절차상 부주의한 경우이다. 인증기관의 신뢰책임은 그의 불가항력성을 입증해야 면책된다. 또 인증기관은 인증서를 다른 목적으로 사용함으로써 발생하는 손해에 대해서는 면책된다. 예컨대 인증기관이 당사자의 동일성 확인이나 또는 공개키 확정의 오류를 야기한 경우에 당사자에게 손해배상책임이 있다. 한편, 현행 전자서명법은 인증업무의 수행

과 관련하여 가입자 또는 인증서를 신뢰한 이용자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하여야 한다고 규정하여 계약책임과 신뢰책임을 인정한다. 다만, 그 손해가 불가항력이나 이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다고 하여 책임의 제한을 규정하고 있다(제26조). 그러나 인증기관은 공신력을 가진 법인에 대한 책임면제는 엄격한 요건을 전제하고, 또 인증기관의 고의나 과실에 대해서는 무제한 책임을 인정하여야 할 것이다. 이와 관련한 법적 분쟁은 정보의 비대칭성에 따른 입증책임전환과 배상책임의 범위를 합리적으로 조정하는 문제가 제기된다.

VI. 결론

정보사회의 모든 거래관계는 일정한 거래비용의 발생을 전제하지 않을 수 없다. 특히 새로이 등장한 가상공간은 그 자체 단순한 사회규범으로서 1차 규범의 틀을 유지하는 정도에 그치고 있다. 그런데 가상공간의 이용자는 폭발적으로 증가하고, 이것이 기존 시장기구의 거래비용을 감소시키면서 시장을 확대하는 기능을 가지고 있다. 이러한 사회적 변동에 있어서 한국인의 법의식은 매우 우려할 만한 상태에 처하고 있음을 알 수 있다. 즉 사회적 지위가 낮은 계층일수록 법적 정당성을 부인하고, 특히 대다수 사회계층은 법 적용의 차별성을 긍정한다는 점이다. 이는 정의에 반하는 법제와 차별적인 사법과정을 회피하는 성향이 강하게 나타나기 때문에 급격한 사회변동에 대해서 수동적인 성향을 갖게 된다는 점이다. 따라서 한국인의 법의식은 정당성이 결여된 법제를 양산하면 할수록 사회통합의 거래비용은 증대하고, 사회적 불안정이 고조될 우려가 있다는 점이다. 때문에 한국인의 법의식은 오스틴의 명령설에 의해서 분석하는 것이 일면 타당할 수 있으나, 이는 거래비용을 과도하게 지불한다는 문제를 내포하고 있다. 따라서 이러한 명령설에 의한 입법정책을 지양하기 위해서는 하트의 법이론에 의해서 보완하는 작업이 요청된다. 만약 정보사회의 입법정책이 종래의 체계적 효율성만을 고려한 규제정책의 틀을 유지할 경우에는 정보혁명의 성과를 무력화할 수 있다는 사실을 명심하여야 한다는 점이다.

특히 가상공간의 등장에 따른 공공부문의 행정의 자동처리와 민간부문의 거래가 과도한 규제비용 혹은 거래비용의 외부화를 초래하면, 정보사회의 실현은 연목구어에 불과하다. 그래서 진정한 의미의 전자정부나 전자민주주의의 실현을 위해서 필요한 조건들과 기본원리를 다음과 같이 제시하려 한다.

첫째, 상기한 바와 같이 한국인의 법의식의 문제점을 전제할 때, 제도적 제약으로서 정보나 지식의 공유를 위한 집단과 단체의 활동을 지원하고, 촉진하는 정

책이 절실히 요청된다.

둘째, 공공정보의 접근과 유통은 인권보장의 면에서 투명하고, 공정한 규범의 틀에 의해서 보장하고, 이를 활성화하기 위해서는 민간의 정보시장의 진입장벽을 낮추면서 이용자의 경제적 부담을 대폭 낮추어야 한다. 예컨대 현행 정보공개법은 민간부문까지도 포섭하는 법체계로 변경되어야 하고 또 정보공개의 투명성을 보장하려면 접근의 제한사유를 대폭 삭제하여야 한다. 특히 정보이용자의 폭발적 증가에 따라서 최소한의 정보이용료의 부담을 고려하여야 한다(전화통신료의 인하, 네트워크의 접속료의 인하, 등).

셋째, 전자정부는 전자민주주의를 신속히 실현하기 위해서 공공정보의 개발과정에 민간참여를 촉진하고, 이들 정보의 상업화는 정보가치의 등급화를 통해 시장기구에 위임하도록 한다. 만약 정부가 과도하게 제한하거나 혹은 시장방임을 지향하면 정보접근 등의 경제적 차별로 진입장벽이 높아져서 정보의 불평등이 사회문제로 제기될 수 있음을 유념하여야 한다.

넷째, 정보시장은 시장의 자율규제를 원칙으로 하고, 시장기능을 제약하는 콘텐츠산업의 경우에는 국내적 규제보다는 국제적 규제정책과 연계하는 문제가 우선 고려되어야 할 것이다. 예컨대 불법적인 콘텐츠에 대해서는 당연위법(per se illegal)의 원리에 의해서 보편적인 도덕률에 의해서도 규제할 수 있으나, 유해한 콘텐츠는 각 국가의 문화수준이나 가치관의 차이로 인해서 상이한 입장을 보이므로 합리원칙(rule of reason)에 의해서 규율한다. 적어도 정보사회에서 정보자유의 향유 정도는 21세기 전자민주주의 척도를 가늠하는 기준이 될 것이므로 규제의 명확한 기준과 요건을 제시하는 입법정책이 요청된다.

다섯째, 정보사회 입법정책의 본질은 사생활의 비밀보호라고 단언할 수 있다. 이는 암호기술과 인증제도에 의해서 보완되어야 한다. 결국 전자서명과 인증제도의 안전성이 정보사회의 규제정책의 성패를 결정함으로 암호기술의 개발을 촉진하여야 한다. 따라서 전자인증기관은 일정한 법적 요건을 구비한 법인이나 단체에게 인증업무의 시장진입을 허용하는 입법정책은 타당하다. 적어도 전자인증은 암호기술에 의존하기 때문에 시장의 독점화를 차단하여야 한다.

참고 문헌

1. 단행본

- 대한상공회의소, ICC 국제무역정보, 1999
- 김종량 역(Don Tapscott), 디지털 경제, 창현출판사, 1997
- 라도삼, 비트의 문명과 네트의 사회, 커뮤니케이션북스, 1999
- 법무부, 외국의 전자서명법제, 1997
- 신일순 외, 전자서명과 인증제도, 정보통신정책연구원, 1998
- 정보통신정책연구원, 정보사회에 대비한 일반법연구(1,2), 1997-8
- 정영화 외 공편, 경제학대사전(법경제학), 박영사, 1999
- D. C.North, Institutions, Institutional change and Economic Performance, Cambridge Univ. Press, 1990
- John A.Ferejohn and James H.Kuklinski, Information and Democratic Process, Univ. of Illinois Press, 1990
- Jon Elster, The Cement of Society, Cambridge Univ. Press, 1991
- Nicholas Rowe, Rules and Institutions, Philip Allan, 1989
- R W M Dias, Jurisprudence(5 ed.), Butterworths, 1985
- Howard Davies and David Holdcroft, Jurisprudence: Text and Commentary, Butterworths, 1991
- David Olson, M.L.Mezey, Legislatures in the Policy Process, Cambridge Univ Press, 1991
- Paul Milgrom, John Roberts, Economics, Organization & Management, Prentice Hall, 1992
- JG Riddall, Jurisprudence, Butterworths, 1991
- Lee J. Alston, Thrainne Eggertsson, D. C. North ed., Empirical Studies In Institutional Change, Cambridge Univ. Press, 1998
- Fritz Rittner, Wirtschaftrecht, 2.Auflag, C.F. Mueller, 1989
- W. Schreckenberger(Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Verlag W. Kohlhammer, 1986
- 藤原宏高, サイバスペ|ス|法規制, 日本經濟新聞社, 1997
- 高橋和之, 松井茂記 편, 인터넷법

2. 논문 등

- Cyberspace Lawer(전기간행물), Vol. 10-18, 1998
- 정영화, 정보사회에서의 공공정보의 접근 및 유통에 관한 법정책, 공법연구(27권 2호), 1999.6, 한국공법학회

정영화, 정보사회에서 프라이버시 보호법리의 재검토, (미간행 논문), 1999
이상정, 소재선, 전자문서와 전자계약, 경희법학(33권 2호), 경희대법학연구소,
1998
장경환, 전자서명의 범위와 효력, 경희법학(33권2호)
황성기, 언론매체규제에 관한 헌법학적 연구, 서울대법학박사논문, 1999.8
<http://www.ecommerce.go/>, oecd.ecommerce.org/, ecomm.or.jp 다수website

인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론 - 토론문 -

김민중 (전북대 법대교수)

I. 인터넷사회의 전개

1. 알라딘의 요슬램프인가, 판도라의 상자인가

1) 인터넷은 알라딘의 요슬램프이다.¹⁾ 인터넷은 마우스 클릭이라고 하는 간단한 동작에 의하여 세상을 뒤바꾸어 놓고 있다. 인터넷을 통하여 변화된 세상을 들자면 이루 헤아리기가 어려울 정도이다. 대충만 생각하여 보아도 (i) 전자거래(구체적으로는 인터넷뱅킹, 인터넷쇼핑, 사이버주식거래는 물론, 글로벌사이버무역, 전자부동산거래, 지방e비즈니스, 준거법, 재판관할), (ii) 사이버커뮤니티의 형성(이메일, 뉴스그룹, 전자게시판, 메신저, 카페), (iii) 글로벌한 정보의 교류(월경적·인간친화적·지력증강적·환경적응적·시공초월적·쌍방향적·경계영역파괴적), (iv) 사이버교육(EBS, 사이버대학, 동영상교육콘텐츠, e러닝), (v) 인터넷정치(인터넷선거운동, 사이버투표), (vi) 전자정부(인터넷을 통한 서류발급, 사이버민원해결, 전자입찰, 전자경매) 등을 들 수 있다.

2) 인터넷은 어찌면 인류가 열어서는 안되는, 그러나 어차피 열고만 판도라의 상자이다.²⁾ 인터넷의 폭발적인 보급을 통하여 야기된 폐해도 수없이 많다. 인터넷

1) “소년 신밧드가 어느 날 우연히 보물 창고에서 얻은 램프에는 놀랍게도 초능력의 거인이 들어 있었다. 신밧드의 명령 한마디에 그 거인은 즉각 램프 밖으로 나왔고, 신밧드가 원하는 것이면 무엇이든 다 들어 주었다. 신밧드는 요슬 램프를 소유함으로써 그 거인의 주인이 되었고, 그 초능력의 거인은 주인의 명령에는 무엇이든 절대 복종하는 충직한 노예였다.”

2) 판도라는 하늘에서 땅 위로 내려올 때에 상자를 하나 가지고 왔었습니다. “이것은 인간들에게 주는 신들의 선물이다. 그러나 판도라야! 이 뚜껑을 절대 네 손으로 열면 안된다.” 제우스는 그렇게 말하고 상자를 판도라에게 주었던 것입니다. 그러던 어느 날, 판도라는 갑자기 그 상자 생각이 났습니다. 하지 말라고 하면 더욱더 하고 싶어지는 것이 사람의 마음입니다. (호기심 많은 여자) 판도라는 상자 속을 들여다보고 싶어 견딜 수가 없었습니다. “대체 그 상자 안에는 무엇이 들어 있길래 내가 열면 안 된다는 걸까? 속에 무엇이 들어 있는지도 모른 채 다른 사람에게 상자를 준다는 것은 예의에 어긋나는 일이야.” 판도라는 너무나 보고 싶은 나머지 잘못된 자신의

을 통하여 사회에 질게 깔린 어두운 그림자로는 (i) 우후죽순처럼 생기는 자살사이트(2000년 말 최초로 등장하여 현재는 인터넷상 수백명의 자살도우미가 활동), (ii) 인터넷사기(온라인물품사기판매, 불법광고, 피라미드사기, 도박사이트, 취업·부동산사기 등), (iii) 명예훼손(전자게시판을 통한 비방 등, 악플), (iv) 개인정보의 침해, (v) 바이러스의 유포, (vi) 스파이웨어·에드웨어의 범람, (vii) 해킹의 위협, (viii) 스팸메일의 기승, (ix) 쿠키(Cookie)의 침투, (x) 피싱(phishing, 개인정보(Private Data)와 낚시(Fishing)의 합성어), (xi) 불건전한 정보·사이트의 확산(저작권침해, 명예훼손, 프라이버시·사생활침해, 사행심의 조장, 피라미드, 유언비어, 부당광고, 음란·폭력물의 유통, 불건전한 만남의 유도(노예팅), 불건전대화, 언어폭력, 매춘, 음란영상(합성포르노), 음란게임, 폭력게임 등) 등을 들 수 있다.

2. 「무법지대」에서 「법적 규율의 만물상」으로

인터넷을 통하여 형성된 사이버공간을 「무법지대」(lawless place), 혹은 무정부상태(Anarchy)로 방치한 시절이 불과 10여년 전이다. 현재는 인터넷을 「법적 규율의 만물상」이라고 불러도 좋은 정도로 인터넷사회의 전개에 의하여 야기되는 수 많은 문제에 대한 규율이 요구된다. 인터넷의 규율에 필요한 법적 과제는 무척 다양하여 어찌면 지금까지 법률이 전통적으로 관심을 가져온 분야가 모두 인터넷과 관련이 되고, 인터넷법률로 성립할 수 있다고 하여도 과언이 아니다. 사법이나 공법을 모두 포함하고, 민법이나 상법과 같은 사법분야에서는 물론, 헌법이나 형법, 조세법, 지적재산권법, 섭외사법, 통상법, 국제법과 같은 분야에서도 인터넷에 따른 다양한 법적 과제가 대두된다.

II. 누가 인터넷사회를 규율하는가

생각을 합리화시키며 상자를 꺼내 살며시 뚜껑을 열었습니다. 그 순간, ‘핑’하며 상자 안에서 여러 가지가 쏟아져 나와 순식간에 하늘로 날아올랐습니다.

제일 먼저 아름다운 작은 새가 날아올라 어디론지 사라져 버렸습니다. 신들이 선물한 것 중에서 좋은 것은 거의 모두 이렇게 해서 인간이 볼 수도 가질 수도 없는 하늘 저 멀리 사라져 버렸습니다. 그 다음부터가 큰일이었습니다. 뒤이어 나온 것은 징그러운 벌레처럼 생긴 것들이었습니다. 그것은 질병과 재앙, 슬픔, 괴로움, 아픔, 미움, 시기하는 마음, 뽐내는 마음들이었지요. 그 때까지도 사람들은 이와 같은 나쁜 일들은 전혀 모르고 즐겁게 지냈습니다. 나쁜 일은 모두 이 상자 안에 갇혀 있었으니 말입니다. 그런데 판도라가 상자 뚜껑을 여는 바람에 나쁜 마음들이 인간들이 언제나 접할 수 있도록 여기 저기로 퍼져 나갔습니다. 이제는 어떻게 할 수가 없었습니다. 판도라는 뒤늦게 자신의 실수를 깨닫고 급히 상자 뚜껑을 닫았으나 헛일이었습니다. 판도라는 슬피 울면서 상자 안을 들여다 보았습니다. 그런데 이상한 일이 생겼습니다. 모두 다 날라가고 텅 빈 줄로만 알았던 상자 안에 아주 조그마한 것이 꿈지락거리고 있었던 것입니다. 판도라는 옷자락으로 눈물을 훔치며 상자 바닥에서 꿈틀거리고 있는 것을 보았습니다. 그것은 놀랍게도~ ‘희망’이었습니다.

법은 본래 규범의 최소한이므로, 인터넷을 통하여 전개되는 사회현상을 모두 법이나 법률만으로 규율할 수는 없다. 특히 인터넷사회의 다양한 특수성으로 인하여 인터넷에 대한 1차적인 규율방법으로 네티켓(Netiquette)이나 자발적으로 적용되는 사용정책(use policy)과 같은 비공식적인 규칙, 자율규제(self-regulation)가 큰 의미를 가질 수 있다. 그러나 비공식적인 규칙이나 자율규제만으로 인터넷사회가 제대로 순기능을 다하기 위하여는 강제적인 법적 규율이 필요하다고 하지 않을 수 없다.

III. 인터넷에 대한 법적 규율에는 어떤 과제가 있는가

1. 헌법적 과제로서의 인터넷 「기본권」

인터넷과 관련하여 현재 전개되고 있거나, 앞으로 전개될 과제는 수없이 많다고 생각되나, 장차 헌법상의 기본권의 하나로 인터넷 「기본권」이 정립될 필요가 있다고 본다. 인터넷이 점차 더 인간생활(혹은 국민생활 내지 시민생활)의 중요한 부분을 차지하게 된다면 인터넷과 관련하여 기본적으로 누려야 할 부분(정보격차의 해소 등)이 있다고 보며, 그 내용이 이른바 「인터넷기본권」으로 정립될 필요가 있다.

2. 행정법적 과제로서의 「촉진」과 「규제」

인터넷에 관한 행법법적 고민은 - 견제와 균형(check and balance)이 아니라 - 촉진과 규제에 있다고 본다. 인터넷이 장밋빛 희망으로 비나는 영역에서는 촉진이 요구되고, 어두운 그림자가 드리우는 부분에 대해서는 적절한 규제가 필요하다.

3. 민사법적 과제로서의 「인터넷계약」, 「사이버재산」, 「책임」

인터넷사회에서는 계약체결이 마우스 클릭으로 이루어지는 경우가 많다. 그러므로 인터넷계약에서는 종래의 계약이론이 심한 도전을 받고 있고, 새로운 의사표시이론, 도달이론, 착오이론 등의 정립을 요구하고 있다.

오프라인이 언젠가 몽땅 온라인으로 옮겨간다고 하면 장차 부의 척도는 누가 사이버재산을 많이 확보하고 있는가로 저울질된다고 생각된다. 그러므로 예컨대 사이버서비스유권과 같은 각종의 사이버재산에 대한 권리에 관한 규율이 필요하다.

사이버세상에서도 고의나 과실에 의한 위법행위로 야기된 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 사실은 부인할 수 없다. 다만 가상공간에서는 - 불법행위가 일어나는 장소가 가상공간인 만큼 - 어떤 위법행위인지, 가해자가 누구인지,

어떤 종류의 손해인지, 가해행위와 손해 사이에 인과관계는 있는지 등을 확정하거나 입증하기가 곤란하다. 그러므로 가상공간에서 야기된 불법행위에 대한 책임을 다루기 위하여는 종래의 이론이나 판례와는 약간 다른 각도에서 새로운 이론이나 규율을 모색할 필요가 생긴다.

4. 상사법적 과제로서의 「전자」 상거래

전자상거래가 대세라고 할 정도로 상거래의 많은 부분을 전자상거래가 차지하고 있다. 그리고 그 만큼 전자상거래를 위하여 정비되거나 정리되어야 할 문제도 많다. 어쩌면 전자상거래는 상사법적 과제에만 국한되지 아니하고, 그 이외에도 전자상거래의 소비자보호(약관 등 포함) 및 구제(민법 내지 경제법), 전자상거래에 대한 과세(조세법), 전자상거래분쟁에 대한 관할(섭외사법, 민사소송법), 전자사기 등 전자상거래범죄(형법) 등과 같이 여러 법적 과제를 함께 포함하고 있다. 또한 전자상거래와 직접적으로 관련이 있는 문제로서 전자계약은 물론, 전자서명·전자인증, 전자화폐 등이 있다.

5. 형사법적 과제로서의 「자유」와 「처벌」

“새로운 환경은 새로운 범죄를 낳는다”고 하는 표현이 옳다면 가상공간의 전개로 인하여 종래 상상하지 못한 새로운 유형의 범죄현상이 당연히 일어날 수밖에 없다. 다만 처벌을 통한 제제는 언제나 ‘최후의 수단’(ultima ratio)이라고 보아야 하므로, 인터넷사회라고 하는 새로운 사회변화에 대응하는 형벌법규를 새로 신설할 때에는 될 수 있는 한 신중한 태도가 필요하다고 본다.

6. 지적재산권법적 과제로서의 「이용」과 「보호」

본래 지적재산권법에서는 오리지날에 가장 큰 가치를 두고 있으나, 가상사회의 전개는 점차 오리지날과 카피의 구별을 곤란하게 하고, 경우에 따라서는 그 차별을 무의미하게 하고 있다. 또한 오리지날(혹은 카피)이 여러 개 존재하는 경우도 생기는 오리지날의 붕괴현상이 야기되므로, 지적재산의 유통에 대한 통제가 오프라인과 비교하여 극히 곤란한 상황을 야기하고 있다. 그리고 가상공간의 지적재산은 종전과는 달리 인터넷을 통하여 시공을 초월하여 송신·배포가 가능하고, 다른 한편 온라인지적재산의 신속·광범한 배포의 가능성은 아날로그지적재산과는 비교할 수 없는 신속·용이하고 광범위한 권리침해의 가능성을 의미하므로, 권리자의 권리보호를 위한 새롭고 강력한 제도의 도입을 요청하고 있다. 그

리고 지적재산권법은 다른 어떤 법보다도 기술의 발전에 민감하다고 하는 특징이 있지만, 특히 컴퓨터·인터넷에 관한 기술이 날로 새롭게 개발되는데 하여 즉각적으로 법률이나 제도가 대응할 수 없는 문제가 있다.

IV. 인터넷사회의 법정책에는 어떤 과제가 있는가

1. 정보공개가 생명인 인터넷에서의 정보보호의 과제

인터넷에서 「정보」를 빼다면 인터넷으로서의 의의가 사라진다고 하지 않을 수 없다. 인터넷에 기반한 사회를 흔히 「정보사회」라고 부르듯 인터넷의 생명은 신속하고 방대한 정보의 상호교류 내지 정보에 대한 접근이라고 할 수 있다. 그러나 다른 한편 정보의 보호, 특히 민감한 개인적 정보의 보호도 중요한 인터넷사회의 법정책적 과제에 해당한다. 그러므로 인터넷의 생명인 정보이용과 정보의 보호라고 하는 두 가치의 적절한 조화를 어디에 두어야 하는가 하는 고민이 필요하다.

2. 표현의 자유인가, 사생활·프라이버시의 보호인가

인터넷사회에서는 표현의 자유도 필요하고, 사생활·프라이버시의 보호도 요구된다. 표현의 자유를 넓게 보장하는 한편, 사생활이나 프라이버시를 덜 침해하는 방법을 찾으면 좋으나, 어쩔 수 없다고 하면 사생활·프라이버시의 보호를 이유로 표현의 자유가 너무 제한되어서는 안된다고 본다.

3. 누가 책임을 지는가, 연쇄책임(Kettenhaftung)인가

자기책임의 원칙에 의하면 누구든 자기의 행위로 인하여 야기된 결과(손해)에 대하여만 책임을 지면 된다. 그러나 인터넷사회에서 야기되는 손해에는 어느 1인만에 의하여 손해가 야기되는 경우보다 수인의 직접적·간접적인 관여 아래 손해가 야기되는 경우가 많다. 그러므로 인터넷사회에서는 오히려 자기의 책임보다는 공동책임이 원칙으로 될 여지가 있고, 그 수인 사이의 책임의 적절한 분배가 중요한 과제로 된다.

4. 월경적 가상공간상의 행위에 대한 규율

본래 법률에는 인적·물적·장소적 효력범위가 있으므로, 한 국가의 법률은 일

정한 물리적 공간 내에 있는 사람이나 물건에 대한 규율을 목적으로 한다. 그러나 인터넷사회에서는 물리적 장소와는 무관하게, 원격적으로 법적 규율을 필요로 하는 행위가 이루어지므로, 가상공간상의 행위에 대한 법적 효과를 부여할 때에는 법적인 관할의 문제를 유념하여야 한다.

【제1주제 토론문】

‘인터넷을 둘러싼 법문제에 관한 법정책론’을 대상으로

남 복 현 (호원대 법경찰학부 교수)

◎ 개괄하면서

- 맨 처음, ‘인터넷을 둘러싼 법적 문제’라는 주제에 대한 지정토론을 의뢰받고 약간은 당황을 했었다. 어디부터 어디까지가 논의의 대상일까라고 하는 점에서 그랬다. 하지만, 법정책론을 펼친다는 점에서 상대적으로 적잖이 마음을 놓였다. 그렇다고 慢心할 수만은 없는 형편이었다. 아직도 발표제목과 내용을 보면, 그야말로 인터넷과 관련한 제반 법적 문제를 포괄하는 형국이기 때문이다. 인터넷규제, 거래비용, 입법지향점으로서의 한국인의 법의식, 인터넷을 둘러싼 입법적 쟁점, 가상공간, 전자민주주의, 전자문서 등 매우 포괄적이고 전반적인 사항을 다루고 있기 때문이다.

그런 점에서, 전자민주주의 기반의 정립 내지 비용효과 분석적 접근 등의 부제를 붙였더라면, 훨씬 독자들의 예측치를 높일 수 있지 않았을까 한다.

아무튼 발제자는 이 주제와 인접주제에 관해 집중된 연구역량을 발휘한 것으로 보인다. 그러한 성과의 핵심내용을 오늘 이 학술대회에서 풀어놓는 것으로 보인다. 그 덕분에 지정토론자인 본인은 학술대회에 어떻게든 기여한다기 보다는 많은 배움을 가져간다는 느낌이다.

- 내용을 파악함에 있어 무척 애를 먹었다. 아직도 제대로 그 내용을 파악했는지 의문이다. 그 이유는 아마도 토론자가 지닌 인터넷이나 사이버공간에 대한 사전적 지식이 취약함으로 인해 비롯됨이 크다는 점을 솔직히 이 자리에서 시인하지 않을 수 없다. 아울러 발표문도 독자들이 접근하기 수월하도록 평이하게 작성된다면 더욱 좋을 것으로 본다.

◎ 한국인 법의식의 경향에 관한 실증연구와 관련해서

- 법도그마, 판례, 법정책 등은 각각 자신의 고유한 영역에서 다양한 방식으로

사회적 사실에 관해 (정책적인) 가치결단을 행하지만, 실증연구는 경험적 사회연구라는 수단을 채택하여 적용하는 것으로, 다양한 사회적 사실을 훨씬 세밀하고 정확하게 처리하고, 그 결과 각 결단의 주체가 일상적인 이론을 바탕으로 결단하는 정도를 훨씬 뛰어넘는 상세한 검토를 전제로 한다. 대체로 이러한 규모로 파악되는 실증연구는 법정책에 기여한다.

다시 말하면 법률의 사전적·사후적인 준비과정에서 다음과 같은 문제제기에 대해 답을 제공한다. ① 규율필요성이 있는지의 여부와, 있다면 상황에 따라 달라질 규율필요성은 어느 정도인지(존재상태를 서술한다는 의미로), ② 입법의도에 어떻게 미리, 곧 장래에 향하여 영향력을 미치게 할 수 있으며 또 미치게 될 것인지(당위상황을 서술한다는 의미로), ③ 특정한 법률이 실제로 어떻게 영향력을 미치는지(효과통제) 등이다. 그리하여 실증연구는 입법에 대해 상당한 영향력을 행사하므로 결코 무시해서는 안 되고, 그에 따라 법정책에 대해서도 그만큼 영향력을 획득하게 될 것이다. 왜냐하면 실증연구의 성과로 연계 될 새로운 인식사실로 말미암아, 법학뿐만 아니라 법정책에 대해서도 그 영역에 한계선을 그을 수 있기 때문이다. 결국 규범화해야 할 영역의 사회적 현실을, 이 실증연구의 성과에 힘입어, 비로소 밝힐 수 있다는 것이다.

이런 시각에서 볼 때, 발제자는 실증적인 분석자료를 바탕으로 한국인의 법의식을 확정하고, 그에 근거해서 오스틴의 명령설보다는 하트의 법이론을 적용함에 대한 정당성을 논증하고자 한다. 이런 모습은 국가 전체 규모에서의 법적 규율에 대한 논거로는, 입증자료로는 좀더 보강되어야 한다고 본다.

아울러 발제자는 오스틴의 명령설과 하트의 법이론을 검토하면서 거기서 인터넷 내지 가상공간과 관련한 법적 규율 내지 법적 규제의 이론적인 틀을 이끌어 내려고 한다. 그러면, 양 이론의 구체적인 특징은 무엇이며, 이 연구의題材에 대해 적용시킬 수 있거나 분석함에 있어 동원되는 도구로는 그 이외의 다른 대안은 없는 것인가 하는 점도 궁금하다.

- 발제자는 발표문에서 한국인이 지닌 특유한 법의식을 지적하고 있는 바, 다른 한편으로는 인터넷이 지닌 범용성 내지 범세계성을(국가적인 틀을 벗어나고 있음) 지적하고 있다. 그러면, 여기서 나타나는 양자의 편차를 해소하는 방안은 무엇이라 생각하는지 의견을 듣고 싶다.

- 한국인의 법의식 분석과 관련해서 이는 off-line 영역에서도 지불해야 할 거래 비용이라고 보여진다. 그렇다면, on-line(사이버공간)에서 관철되어야 함을 주장하는 데에는 한계가 있다고 본다. 그리고, 오스틴의 명령설이나 하트의 법이론의 시각에서 볼 때, off-line에서의 입법정책의 틀이 어떠해야 하며, on-line(사이버공

간)에서는 어떻게 구획되어야 하는지도 궁금하다.

- 관련해서 토론자의 의견으로는 인터넷의 속성 내지 특성에 대해 좀더 세밀하고 체계적으로 소개함과 아울러 각각의 속성 내지 특성에 대해 각 요소별로 off-line의 경우와의 차이를 드러내고, 그에 따라 다르게 입법적으로 규율할 수밖에 없는 당위성을 제시하고 또 대안을 모색함이 좋지 않았을까 한다.

◎ 법정책의 과제와 대안모색에 관해

법정책의 가장 어려운 과제는 그때그때 최선의 해결방안을 선택하는 것이다. 가장 이상적인 목표가 가능한 한 가장 정확하게 또 가능한 한 가장 경미한 (경제적, 인간적 및 사회적인) 비용으로 달성할 수 있는 방안을 모색하는 것이다. 특히 예방적인 사고가 중요하다. 최선의 해결방안을 선택하는 것은 규율하고자 하는 사안, 그때그때 고려하여야 할 규율방식 및 그 방안의 그때그때의 효과 등에 관한 지식을 전제로 한다.

규율하고자 하는 사안에 관한 지식은, 어느 정도로 경험적인 (충분한) 자료와 현재의 문제상태에 관한 (솔직한) 인식을 빈번히 결여하고 있기 때문에, 미흡한 경우가 적지 않다. 그때그때 존재하는 규율가능성에 관한 지식은 전문지식과 상상을 전제로 한다. 우선 고유한 법체계에 관한 완벽한 조망이 필수적이다. 외국의 법질서에 관한 지식도 유용하고 또 소중한 방안을 제시한다. 마지막으로 아주 새롭고 그 어느 곳에도 실현되지 아니한 규율가능성을 고찰하는 것도 기꺼이 수행하여야만 한다. 예측은 기본적으로 불확실성을 수반하기 때문에, 어떠한 규정의 그때그때의 (적극적이든 소극적이든) 효과에 관한 지식은 단지 제한적으로만 가능하다. 그러나 이제까지의 경험을 신중하게 평가함에 있어 사회과학적인 인식을 참작하면, 많은 사례에서 정확한 예측도 가능할 수 있게 된다. 그밖에도 모형 실험(시뮬레이션 실험이나 지역적으로 제한된 시범사업)도 유용하다.

최선의 해결방안은 이제까지의 경험과 인식에 따르면 도저히 유지될 수 없거나 유지되어서는 안 될 규율방안을 우선적으로 배제하는 방식으로 선택을 하게 된다. 많은 경우 그렇게 하면 단지 하나의 규율가능성만이 남아 있게 된다.

이런 시각에서 볼 때, 이 논문에서의 법정책에 대한 태도도 주목할 필요가 있다. 여기서는 가상공간에서의 입법적인 쟁점으로 정치영역에서 전자민주주의 입법정책, 전자정부의 법정책, 경제영역의 법정책으로 구획하고 있다. 그리고 이런 내용을 전자민주주의의 실천과제, 전자문서의 동일성과 신뢰성보호 등의 항목에서 다루지를 않고 분리해서 별도로 논의를 전개하고 있다.

그리고 앞에 제시한 바와 같은 시각에서 구체적인 내용을 세세하게 다루지를

않고 간략하게 소개하는 취지는 발표자의 선행연구를 전제하기 때문에 그런 까닭으로 이해된다.

◎ 인터넷에서의 시장접근의 자율성 존중을 최근 금융시장에서의 파행성과 연결성은 없는 것인가?

발제논문에서는 가상공간의 법원칙으로 정보의 형평성과 시장접근의 자율규제를 제시하고 있으며, 후자와 관련해서 인터넷발전을 위한 원칙으로 네 가지를 제시하고 있다. 즉 시장주의의 강화, 사적 자치원칙의 장려, 분권화성향과 상향식(bottom-up)인 방식, 그리고 전지구적인 시장확대에 따른 일관된 범규범의 발전 등이다.

그런데 최근 들어 세계적인 국제금융시장에서 시장의 실패가 나타났고, 그에 따라 신자유주의의 몰락을 이야기하곤 한다. 그와 아울러 새로운 형태의 규율논리를 개발할 필요성이 제기되고 있는 형편이다.

마찬가지로 동일한 논리체계의 차원에서 정보사회에 대한 규율논리도 개발되어야 하는 것은 아닌가 하는 점이다. off-line의 금융시장에서 작금의 위기적 상황을 초래하게 된 것은 참여자들의 도덕적 해이로 인한 것으로 파악되고 있다.

이러한 현상적 측면이 인터넷이나 사이버상에서 그 참여자들 사이에서도 나타나지 않을 것이라 단정하기 힘들다. 그렇다면, 폭넓은 시장주의의 강화는 한계가 있는 것이 아닌가 한다. 이에 대한 발제자의 의견을 듣고 싶다.

◎ 의무부과 규범에 있어 규율방식에 관해

발제자는 의무부과 규범을 1차 규범과 2차 규범으로 구분할 수 있는 것으로 소개한다.

즉, 1차 규범이 규율하는 세계는 관습에서 기인하는 사회적 도덕율의 일부를 구성함으로써 1차 규범의 위반에 대한 처벌에 대해서 책임지는 공식적인 기구가 없다고 한다. 특히 1차 규범은 외적 현상의 변화와 관련되어 작위 및 부작위의무를 정할 뿐이고, 의회나 법원 또는 행정권이 부재함으로 단순히 사회를 통제하는 유일한 방법은 용인된 행위에 대한 집단의 태도라고 한다. 이런 사회에서는 1차 규범만으로 유지되려면 몇 가지 요건이 충족되어야 하지만, 이를 스스로 해결할 수는 없다고 한다. 그렇기 때문에, 따라서 모든 이러한 결함은 2차 규범에 의해서 1차 규범을 보충함으로써 수정될 수 있다는 것이다.

결국 1차 규범은 사람의 작위의무와 부작위의무와 관계된다는 것이다. 그렇지

만, 그에 비해 2차 규범은 1차 규범 도입과 변경 및 폐지 그리고 의사결정의 방법을 정하고, 또 그의 위반여부를 결정할 수 있다는 면에서 상호간의 관련성을 가진다. 특히 2차 규범은 상기한 1차 규범의 결함을 치유할 수 있다는 점에서 의의를 가진다고 한다.

발제자는 오늘날 인터넷(가상공간)에 관한 규범형태는 단순한 사회의 1차 규범이 적용되는 공간으로 볼 때, 의회와 법원 및 행정주체의 개입의 범위와 권한을 전제하는 동시에 자율규제 내지는 시장원리에 대한 범정책에 초점을 두어야 한다고 한다.

그런데, 여기서 좀 더 구체화시켜 그 내용을 제시할 여지는 없는지 궁금하다. 아니, 그렇게 규율된 구체적인 사례가 있는지 궁금하다.

【제 2 주제】

인터넷상에서의 명예훼손의 실태와 대책

발 표 : 김 태 명 (전북대 법대교수)

토 론 : 김 중 룰 (전주지방검찰청 군산지청장)

임 정 호 (한국형사정책연구원 전문연구원)

인터넷상의 명예훼손의 실태와 대책

김 태 명 (전북대 법대교수)

I. 머리말

전 세계 인터넷 이용자는 14억7006만 명, 아시아 인터넷 이용자는 6억9261만 명으로, 이 가운데 한·중·일 인터넷 이용자(3억3882만 명)가 각각 23.0%와 48.9%를 차지하고 있다. 올해 한국인터넷진흥원이 발표한 ‘한·중·일 인터넷이용실태비교’ 보고서에 따르면, 인터넷 이용률은 한국이 76.3%로 가장 높고 일본 74.4%, 중국은 16.0%에 불과한 것으로 나타났다. 특히 인터넷 이용자의 초고속 인터넷 이용률은 한국이 99.8%로 가장 높고, 다음으로 중국 77.8%, 일본 66.1%의 순으로 조사됐다. 또한 한국과 일본의 경우 남성(각각 81.7%, 78.2%)과 여성(각각 70.9%, 70.6%)의 인터넷 이용률은 거의 차이가 없었으나, 연령별로는 13~39세 젊은 층의 인터넷 이용률이 90% 이상으로 높았다.¹⁾ 이처럼 인터넷은 특히 청장년층을 중심으로 일상생활의 중요한 부분으로 자리 잡고 있고, 사이버공간과의 융합현상은 컴퓨터기술의 발달과 더불어 더욱 가속화될 전망이다.

한편 사이버기술의 발달과 함께 생활범위나 의사소통의 장이 그만큼 넓어지는 하였으나 그러한 변화에 발맞추어 인터넷공간에서의 의식이나 태도가 제대로 형성되지 못한 탓에, 일상적인 생활공간과 마찬가지로 사이버범죄는 어느덧 우리 주변에서 흔히 접할 수 있는 범죄유형 중의 하나로 자리 잡고 있다.²⁾ 사이버 상에서 이루어지고 있는 범죄 중의 대표적인 것이 바로 사이버폭력 내지는 사이버 권리침해 범죄이다. 특히 인터넷이 중요한 의사소통수단으로 부각되면서 명예훼손, 모욕, 스토킹, 성폭력 등 타인의 권리를 침해하는 사례가 급증하고 있다.

최근 인터넷의 익명성을 악용하여 정치인이나 연예인 등 유명인에 관한 거짓

1) “초등학생 인터넷 이용률, 한·중·일 3국 중 ‘한국 1위’”, 디지털데일리 2008년 07월 23일자 참조.

2) 사이버범죄는 인터넷과 같은 정보통신망으로 연결된 컴퓨터시스템이나 이들을 매개로 형성되는 사이버공간을 중심으로 발생하는 범죄(양근원, “사이버범죄의 특징과 수사방향”, 수사연구 2000년 6월호, 16면) 또는 컴퓨터범죄를 포함하여 사이버공간에서 행하여지는 모든 범죄적 현상(강동범, “사이버범죄와 형사법적 대책”, 형사정책연구 42호, 65면)으로 정의되고 있다.

루머나 욕설 등을 담은 글을 인터넷에 게시하거나 전파하여 심각한 피해를 주는 일이 비일비재하고, 나아가 일반인에게 회복하기 힘든 정신적, 물질적 피해를 주는 일도 적지 않게 발생하고 있어, 인터넷은 그야말로 모욕과 명예훼손 등의 무대로 전락하고 있다는 비판이 일고 있다. 가수 유니, 탤런트 최진실 등 유명연예인의 자살사건에서 볼 수 있듯이, 포털사이트 등의 게시판, 댓글, 블로그, 카페, 미니홈피 등을 통한 무분별한 욕설, 모욕, 명예훼손 등의 행위로 인한 인권침해가 심각한 수준에 이르렀다는 것이다.

인터넷상에 이루어지고 있는 이와 같은 폭력 내지는 권리침해를 법적으로 규제해야 한다는 목소리가 이미 오래전부터 제기되어 왔지만, 정작 현실은 사회적 문제로 불거지고 난 이후에야 부랴부랴 재발대책을 수립하려 하고 있다. 최근 국회에는 인터넷 본인 확인제(실명제)의 적용대상 기준 확대, 불법정보 임시조치(삭제)의무화와 신문법, 언론중재법 개정을

한 인터넷 포털사이트 규제강화를 추진하고 있다. 이러한 규제법안의 선두에는 인터넷 모욕죄의 신설이 있다. 한나라당은 10월 31일과 11월 3일 각각 타인의 명예를 훼손하는 게시물을 사이버 상에 유포했을 때 9년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 그리고 욕설 등으로 다른 사람을 모욕했을 때에는 3년 이하의 징역 또는 1천만원의 이하의 벌금에 처하는 법안과(장윤석 의원 대표발의), 정보통신망을 이용해 타인을 모욕한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 법안(나경원 의원 대표발의)을 발의하였다. 이 두 법안은 사이버모욕죄를 반의사불벌죄로 규정하여 현재 친고죄인 모욕죄와는 달리 피해자의 고소가 없이도 처벌이 가능하도록 하였다. 이러한 정부의 움직임에 대하여 언론인, 법률가 그리고 시민단체들은 사이버모욕죄가 표현의 자유를 심각하게 위축시키고 권력자의 비판세력 탄압하는 장치로 악용될 소지가 높이라며 강도 높게 비판하고 있다.

여기서 우리는 과연 우리사회에서는 인터넷상의 명예훼손이나 모욕이 그렇게 심각한 수준에 이르렀는가, 심각한 수준에 이르렀다면 현행 형법상 명예훼손죄나 모욕죄로 처벌하는 것으로는 불충분한가, 현행 형법으로든 아니면 특별법을 제정하여서든 인터넷상 명예훼손이나 모욕을 처벌하는 것은 인터넷상의 표현의 자유를 심각하게 훼손하지는 않는가라는 여러 가지 점들을 신중하게 검토할 필요가 있다고 본다.

II. 인터넷상 명예훼손의 특성과 실태

1. 인터넷상 명예훼손의 특성

과거 중요한 언론매체였던 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지는 주로 한쪽에서 다른 한쪽으로 정보나 의사를 일방적으로 전달하였는데 반하여, 컴퓨터의 발달과 더불어 등장한 인터넷은 획기적이고 폭발적으로 다자간 의사소통의 가능성을 실현했다.³⁾ 그러나 다른 한편으로 인터넷의 발달과 함께 인터넷을 통한 권리침해도 그만큼 증가했다.

정보통신망을 통해 부포, 문언, 음향, 화상 등을 이용하여 타인의 명예나 권리를 침해하는 행위를 사이버권리침해로 정의할 수 있는데, 사이버권리침해는 다시 불특정 다수인을 상대로 특정인의 명예에 관한 사실이나 허위의 사실을 게재하는 사이버명예훼손, 구체적인 사실의 언급없이 특정인에 대하여 욕설 등을 행하는 사이버 모욕, 인터넷상에서 음란한 대화를 강요하거나 몰래카메라 등의 음란물을 유통시켜 상대방에게 성적 수치심을 주는 사이버성희롱, 정보통신망을 이용하여 특정인에게 원하지 않는 접근을 지속적으로 시도하는 사이버스토킹으로 구분할 수 있다.⁴⁾

구 정보통신윤리위원회 명예훼손분쟁조정부의 통계에 따르면 매년 5천건 이상 사이버폭력으로 인한 피해상담을 받고 있는데, 그 중에서 사이버 명예훼손이나 모욕이 차지하는 비중이 아주 크다.

<구 정보통신윤리위원회 명예훼손분쟁조정부 상담서비스 통계>

<단위 : 건>

구분	계	피해내용			
		명예훼손, 모욕	성폭력	스토킹	기타
2001	1,054	278(33)	204	22	550
2002	,616	1,248(115)	224	53	2,091
2003	4,217	1,916(894)	557	95	1,649
2004	3,913	2,285(979)	322	81	1,225
2005	8,406	5,735(1,802)	889	193	1,589
2006	7,050	4,751(1,641)	968	184	1,147
2007	5,599	3,780(1,257)	392	186	1,241
합계	33,855	19,993(6,721)	3,556	814	9,492

사이버명예훼손은 사이버공간에서 행해지는 명예훼손으로 정의될 수 있다. 자기 또는 타인의 홈페이지나 타인의 명예를 훼손하는 글, 동영상, (합성)사진 등을

3) 헌법재판소는 인터넷을 가장 참여적인 시장으로 표현축진적인 매체라고 한 바 있다. 헌법재판소 2002.6.27. 99헌마480결정 참조.

4) 정보통신윤리위원회, 2007년 사이버권리침해 사례집, 2008, 1면.

올리는 것이 가장 대표적인 사례인데, 인터넷상의 채팅 사이트에서 대화 도중 행해지는 명예훼손도 여기에 포함된다. 정보통신망을 이용하여 타인의 인격에 대한 사회적 평가를 저하시킬만한 성질의 사실 또는 허위의 사실의 적시가 있으면 사이버명예훼손죄가 성립한다. 사이버명예훼손은 그 방법이나 내용에 따라 다음과 같이 구분할 수 있다.

- 비방 : 공개적으로 타인에 대해 나쁘다고 말하거나 헐뜯는 행위
- 폭로 : 타인과 관련된 부정이나 비밀과 관련하여 특정사실 또는 허위의 사실을 유포하는 행위
- 사생활 침해 : 타인의 사생활을 공개적으로 다른 사람에게 알리는 행위
- 초상권 침해 : 타인의 동의없이 사진 등을 무단으로 게시하고 공개하는 행위

사이버명예훼손은 연예인, 정치인 등 어느 정도 사회적 지명도가 있는 사람을 대상으로 하는 경우가 많으나, 수사결과나 판결결과에 불만을 가진 피해자나 피의자가 수사나 재판과 관계된 사람에 대한 명예를 훼손시키는 경우도 적지 않다. 사이버 명예훼손은 단순한 텍스트에 국한되지 않고 사진이나 동영상을 이용하거나 타인이 작성한 것을 다시 퍼뜨리는 등 다양한 방법으로 행해진다.

사이버 공간은 익명성이 상당 정도 보장이 되어 있는데다가 빠른 전파력을 가지고 있다. 이 때문에 현실공간과는 달리 사이버공간에서는 욕설 등 모욕행위가 발생하거나 타인의 인격이나 명예를 훼손하는 사진, 동영상 등이 게시될 경우 순식간에 이를 본 네티즌에 의해 퍼 나르기 등의 방법으로 피해가 견잡을 수 없이 확산되는 사례가 적지 않다. 이처럼 인터넷을 통한 명예훼손의 피해속도와 정도는 기존의 미디어를 통한 것보다 일반적으로 심각하다고 할 수 있다.

2. 인터넷상 명예훼손의 실태

최근 유니, 최진실 등의 자살사건을 계기로 연예인을 대상으로 한 악설댓글의 피해를 크게 부각되고 있다. 이 외에도 이전에는 대통령, 장관, 국회의원 등 정치인을 대상으로 한 합성사진에 의한 명예훼손이나 개똥녀 사건, 군삼녀 사건, 된장녀 사건에서 볼 수 있는 것과 같이 일반인도 인터넷을 통한 명예훼손의 대상이 되기도 하였다. 최근 몇 년간 발생한 인터넷 게시물이나 댓글 등에 의한 명예훼손 사례를 보면 다음과 같다.⁵⁾

5) 정완, “사이버범죄의 최근 동향, 원인 및 대책”, 한국형사정책학회 추계학술회의 자료집(사이버문
화의 확산에 따른 역기능증가와 대응방안), 2008.11.1., 103면에서 재인용.

사건명	일자	내용
군삼녀 사건	2007	남성들의 군복무기간에 관한 한 여학생의 인터뷰내용이 실명과 동영상으로 알려지면서, 그 여학생에 대한 무차별적 폭언을 담은 댓글로 정신적 피해를 입음
된장녀 사건	2006	사치스런 생활을 하는 여성들에 대한 비난성 댓글이 유포됨
MBC 음악캠프 나체시위장면사건	2005	MBC 음악캠프에 출연가수 일부가 나체로 시위를 한 내용의 비디오물이 인터넷을 통하여 확산됨
개똥녀 사건	2005	지하철에서 애완견의 배설물을 치우지 않은 여성 사진 및 동영상이 유포됨
체벌여교사 사건	2005	체벌혐의를 받은 여교사가 자살하자 체벌사실을 알렸던 학생들이 가출을 함
신생아 학대사건	2005	간호사들이 자신의 홈페이지에 올린 신생아 학대사건이 유포됨
트위스트킴 사건	2005	연예인 트위스트킴이 음란사이트 운영자로 몰림
연예인X과일 사건	2005	유명연예인 99명이 신상정보를 담은 미확인 사실이 유포됨
왕따 동영상 사건	2004	왕따 동영상이 촬영된 중학교의 교장이 자살함

물론 연예인의 자살사건에 대해서는 과연 자살의 원인이 되었는가에 대해서는 논란이 많다. 최근 최진실 자살사건을 계기로 해서 입법이 추진되고 있는 사이버 모욕죄와 관련해서, 언론이나 정부가 지나치게 연예인 자살의 원인을 인터넷댓글에 돌리고 있다는 지적이다.⁶⁾ 그러나 남에 대한 이야기가 비판의 수위를 넘어서 험담이나 비난으로 이어진다면 합리화되기 힘들다고 본다. 소설가 최인호 씨는 구별하기는 힘들지만 용인되는 비판과 용인될 수 없는 험담이나 욕설은 엄연히 구별되어야 한다고 주장하고 있다.

요즘 인터넷상의 악성댓글·뒷얘기·뒷말들도 험뜯거나 욕·비난으로 나타나는데, 쪼고 까분다는 말처럼 이 역시 악덕임에는 틀림없다. 특히 사생활 문제에서는 그 사람의 명예와 잇닿을 때가 많다.

하지만 정당한 비판은 권장할 일이다. 거기서 발전이 나오는 까닭이다. 매

6) “악성 댓글보다 나쁜, 죽음 팔아먹기“, 한겨레신문 2008.10.5.자 참조.

체가 인터넷이든 공공 언론이든, 그 내용이 정치·윤리든, 법적인 것이든 정당한 비판을 처벌할 일은 아니다. 공인이거나 유명세를 타는 사람은 갖가지 비판에서 벗어나기가 어렵다. 책임이 무겁고, 관심의 대상이 되는 까닭이다. 괴롭지만 비판을 넘어 헐뜯는 말까지도 받아들이고 감내하는 자세가 필요하다.

말하는 쪽에서 조심할 일은, 사물의 옳고 그름을 가려 판단하거나 밝히는 일과 헐뜯기·협담·비난이 구분이 안 될 때가 많다는 점이다. 비판은 사람을 살릴 때가 많지만 협담은 사람을 죽일 때가 많다.

경찰청 사이버테러대응센터의 통계에 의하면 7만여건 이상의 사이버범죄가 발생하고 있는데, 그 중 인터넷사기의 비중이 가장 크고 그 다음으로 해킹·바이러스와 사이버폭력이 차지하고 있다. 그런데 아래 표에서 볼 수 있듯이, 최근에는 사이버폭력의 발생건수가 대폭적으로 증가하고 있다.

<사이버 범죄의 유형별 발생현황>

구분	총계	해킹·바이러스	인터넷사기	사이버폭력	불법사이트	불법복제	기타
2003	51,722	8,891	26,875	4,991	1,719	677	8,569
2004	63,384	10,993	30,288	5,816	2,410	1,244	1,244
2005	72,421	15,874	33,112	9,227	1,850	1,233	11,125
2006	70,545	15,979	26,711	9,436	7,322	2,284	8,813
2007	78,890	14,037	28,081	12,905	5,505	8,167	10,195

Ⅲ. 인터넷상 명예훼손에 대한 구제방안

1. 민사적 구제방안

(1) 손해배상

인터넷상 명예훼손에 대한 민사책임은 기본적으로 오프라인상에서의 그것과 다르지 않다. 인터넷상 명예훼손이 불법행위로서의 요건을 갖추면 가해자에 대하여 손해배상책임을 지우거나 또는 명예회복에 필요한 조치를 취할 의무를 부과할 수 있다. 최근에는 사이버명예훼손에 의한 피해가 극심하고, 통상적인 손해배상으로는 실질적인 피해회복이 불가능함에 따라 통상적인 손해배상 범위를 초과

하는 손해액을 배상할 수 있는 '징벌적 손해배상제도' 도입 논의가 있다.

징벌적 손해배상이란 국가 공권력, 대기업, 기타 힘 있는 조직 대 일반 소비자, 소비자, 근로자 등 다수의 분산된 개인과의 대결에서의 실질적인 평등을 이루기 위해 가해자의 악의 및 의도적인 불법행위에 의해 피해를 입었을 경우 통상적인 손해를 초월하여 손해배상액을 지급하는 제도로서, 영국, 미국 등 영미법계에서 인정되고 있다. 우리나라에서도 제조물책임분야, 기업에 의한 환경침해, 노동법, 증권거래, 특허·지적재산권, 의료과오, 인권침해, 소비자 소송, 언론에 의한 명예훼손 사건 등에 도입이 거론되고 있다.

사이버상의 명예훼손행위는 사전예방이 현실적으로 어렵고, 사후의 통상 손해 배상만으로는 실질적인 피해회복에 한계가 있어, 징벌적 손해배상제도를 통해 불충분하였던 배상에 대한 실질적인 손해전보가 될 수 있다. 특히 단순 손해배상이나 형사처벌만으로는 피해자에게 경제적 손실을 보충하는데 미흡하고, 형사처벌을 하여도 개인에게는 경제적 이익이 없으므로, 민사사건의 형사사건화를 방지하는 역할을 기대할 수 있다. 한편 사이버불법행위 엄벌 필요성에 대한 국민적 공감대가 형성되어 있고, 사회적 강자가 일회성의 손해배상이 아닌 그 이상의 배상 책임을 지게 되므로 악의적 불법행위에 대한 유혹을 방지함으로써 장래적인 불법행위에 대한 억제력(예방적 효과)을 강화시키는 효과도 기대할 수 있다.

그러나 다른 한편으로 징벌적 손해배상은 헌법상 과잉금지 원칙에 위배소지가 있다. 또한 손해배상 범위를 전보배상으로 한정된 민법 원칙에도 어긋날 수 있고, 미국과 같은 배심제를 운영함에 따라 수반되는 제도로 배심제를 채택하지 않는 우리나라 실정에 맞지 않는다는 지적이 있다. 징벌적 손해배상제도가 보편화된 미국에서조차 과도한 배상액에 대한 비판으로 개혁(안)이 나오고 위헌판결(1996)까지 나온 바 있다. 그리고 징벌적 성격의 고액 손해배상금을 피해자 개인이 취득함으로써 일확천금을 노린 부도덕한 불법행위 소송이 과도하게 유발될 소지도 있다.

징벌적 손해배상제도는 일부 국가에서만 시행·운영하고, 당해 국가에서도 논란이 되고 있는 제도를 우리나라의 헌법·민법의 대원칙과 부합되지 않음에도 사이버명예훼손 불법행위책임론에 도입하는 것은 무리가 있다고 본다. 또한 징벌적 손해배상은 고의 또는 과실 수준을 넘어 '악의'에 가까운 경우에 적용하는 것인데, 언론이 국민의 알권리를 충족시키는 과정에서 범해지는 우발적인 명예훼손에 대해 '악의'가 있다고 볼 수 있을지 의문이다.

포털사업자(정보매개자)나 인터넷언론에 의한 명예훼손 피해보다 악의적 댓글 등을 게재하는 네티즌(정보제공자)에 의한 피해의 정도가 훨씬 심각한 실정임을 감안할 때, 일반네티즌에 대해 징벌적 손해배상을 통한 과도한 손해배상책임을 지운다는 것은 사인에게 책임이상의 막대한 부담을 지게 할 뿐만 아니라, 거대

사회적 강자에 대한 응징이라는 본 제도의 취지에도 어긋나게 되는 문제가 있다. 또한, 사업자에 국한하여 제도를 도입하는 경우, 직접 원인제공대상자보다는 방조한 자에 대하여 더 무거운 책임을 지우는 것은 형평성의 논란을 일으킬 수도 있다.

징벌적 손해배상제도의 장점에도 불구하고, 현행 법체계 및 질서 내에서 이를 도입하는 것은 시기상조라고 본다. 현재 사이버 명예훼손 관련 사업자책임 강화 등을 내용으로 하는 법제도 개선이 진행 중에 있으나, 징벌적 손해배상에 대한 사회적 합의를 도출하지 못한 상태이다. 따라서 실질적인 피해구제 및 거대 기업에 대한 경고는 행정적 조치 및 사회문화적인 방법으로 해결되는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 정보통신서비스제공자의 책임

한편 정보통신서비스제공자도 불법행위로서의 요건을 충족하면 민사상 책임을 질 수 있다. 정보통신서비스제공자의 책임과 관련하여 주목할 만한 판례는 두 가지가 있다.

첫 번째 판례는 전자게시판을 설치, 운영하는 하이텔이 그 이용자로부터 자신에 대한 비방의 글을 삭제하여 달라는 요청을 받고도 5~6개월간 방치한 사건에 관한 것으로서, 대법원은 전자게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자는 그 이용자에 의하여 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다고 판시하면서 그러한 의무에 위반한 하이텔의 손해배상책임을 인정하였다.⁷⁾

두 번째 판례는 피고인 경상북도 청도군이 운영하는 인터넷 홈페이지에서 여러 사람의 명의로 원고의 공직생활 중 성추행, 금품수수와 관련된 글들이 올라오게 되자 원고도 이를 반박하는 글을 올리고 그 이후 피고에게 원고를 비난한 위 글들을 삭제할 것을 요청하여 피고가 이를 삭제하였는데, 원고는 피고가 원고로부터 삭제요구를 받기 전에도 위와 같은 명예훼손적인 글들이 게시판에 게시된 것을 알았거나 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 이를 삭제하거나 원고와 그 글들의 처리에 대한 의논을 하는 등 적절한 조치를 취하지 아니하여 약 52일 가량 이를 그대로 방치하여 원고가 이로 인하여 상당한 정신적 고통을 입었다고 하면서 손해배상청구를 제기한 사건에 관한 것이다. 이 사건에서 대법원은 피고의 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기하면서, "온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지

7) 대법원 2001.9.7. 선고 2001다36810 판결.

게하기 위해서는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다"고 판시하였다.⁸⁾

위 두 가지 대법원 판례를 비교하며 보면, ① 전자는 영리 목적의 전자게시판에 관한 것이었던 반면 후자는 비영리 목적의 전자게시판에 관한 것이었던 점, ② 전자의 경우 ISP는 삭제요구를 받고도 이를 5~6개월간 방치하였던 반면 후자의 경우 ISP는 삭제요구를 받고 신속하게 대응하였던 점, ③ 전자의 경우 ISP와 이용자 사이의 약관에 ISP에 의한 일방적인 삭제근거가 마련되어 있었던 반면 후자의 경우는 그렇지 아니하였다는 점 등에서 차이가 있고, 이러한 차이가 결론상의 차이로 이어졌다. 후자의 판례는 ISP가 명예훼손적 글을 알거나 알 수 있었다는 사정만으로 곧바로 삭제의무가 발생하는 것이 아님을 명백히 하면서, 그 이외의 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려할 것을 요구하고 있다는 점에서 ISP에 대한 책임강화를 통한 표현의 자유에 대한 위축효과를 최소화하려고 시도하였다는 점에 그 의미를 찾을 수 있다.

인터넷 및 PC통신의 컴퓨터 통신망에 대한 개인의 접근이나 이용은 통상 그 통신망으로의 접속을 매개하는 사업자를 통하여 이루어지며 명예훼손은 주로 불특정 다수인이 읽고 쓸 수 있는 전자게시판을 통하여 이루어진다. 그런데 통신망 상에서 명예훼손이 일어난 경우, 직접 명예훼손행위를 행한 자 이외에 그 행위가 일어난 가상공간을 관리, 운영하거나 가상공간에 접속할 수 있도록 매개해 준 통신사업자나 전자게시판 운영자에게도 그에 대한 책임을 부담시킬 수 있는지가 문제된다.

인터넷에서 이루어지는 명예훼손은 피해자가 피해사실을 알지 못하는 경우가 많고, 그 익명성 때문에 가해자를 쉽게 확인할 수 없다. 이에 대하여 정보통신서비스제공자는 용이하게 온라인상의 명예훼손사실을 포착하고 이를 통제할 수 있고 또한 다수인이 접속하는 전자게시판의 운용으로 인하여 간접적으로 경제적 이익을 향유하고 있기 때문에, 인터넷상에서 명예훼손의 공간을 마련해 준 정보통신서비스제공자에게 책임을 물어야 할 필요가 있다. 이 때문에 온라인서비스제

8) 대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결.

공자에게 엄격한 관리의무를 지움으로써 정보통신서비스제공자가 면책을 받기 위해서는 명예훼손 등 불법통신을 방지하는데 보다 큰 노력을 기울이도록 해야 한다는 주장이 제기되고 있다.⁹⁾

그러나 다른 한편으로 정보통신서비스제공자가 모든 자료를 모니터링 (monitoring)하는 것은 상당히 어려운 일이고 그 자체는 바로 전자게시판 게시물에 대한 검열, 삭제, 내용규제 등 사용자의 표현의 자유나 자유로운 정보의 유통에 영향을 미칠 수 있다. 또한 온라인사업자에 대한 책임추궁을 막기 위한 사업자의 과도한 사전통제 작업은 통신망 이용비용의 증가로 이어져 결국 새롭게 발달하는 인터넷 산업의 위축을 가져올 우려도 있다.¹⁰⁾ 따라서 정보통신서비스제공자가 스스로 발견하였거나 피해자의 신고에 의해 명예훼손 게시물을 있음을 알았고 명예훼손의 위법성이나 그로 인한 피해가 심각하다고 판단되는 경우에 한하여 피해방지조치를 취할 의무를 지우는 것이 타당하다고 본다.¹¹⁾ 이 경우에도 게시물을 곧바로 삭제할 것이 아니라 게시자로 하여금 스스로 정정 또는 삭제하게 하거나 피해자의 반박내용 게재하는 것이 선행되어야 할 것이다.

한편 인터넷상의 명예훼손행위에 대한 가장 효과적인 수단으로 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형사상 책임을 인정하자는 주장이 제기될 수 있다. ISP가 명예훼손행위를 방치하였다면 부진정부작위범에 의한 명예훼손죄의 방조범으로 처벌할 수 있다는 것이. 그러나 ISP의 책임을 광범위하게 인정하게 되면 자율적인 검열 및 통제의 확대에 의해 표현의 자유는 위축될 것이며, 인터넷 산업도 타격을 받을 수 있다. 다만 ISP가 명예훼손사실을 인식한 경우에만 보증인지위를 인정하고 그 외의 구체적 사정, 삭제 또는 차단조치의 기술적 가능성 등을 고려하여 개별적 행위가능성을 판단하여 부작위범의 성립범위를 가능한 한 제한적으로 해석하여야 할 것이다.¹²⁾

최근에는 헌법상 표현의 자유가 가지는 가치를 고려하여 앞으로는 명예보다 표현의 자유의 보호에 더 무게를 두어야 한다는 입장에서, 입법론적으로 명예훼손죄를 비범죄화하고 민사적 구제수단으로 단일화하자는 견해가 제시되고 있다.¹³⁾ 우리나라의 경우 손해배상을 받기 위하여 형사고소를 하는 경우가 많은

9) 정보통신서비스제공자에게 엄격한 책임을 지워야 한다는 주장으로는 정보통신윤리위원회, 인터넷상 명예훼손 실태 및 대응방안, 2007, 177면 참조.

10) 김기섭, “인터넷상의 명예훼손과 온라인서비스제공자의 책임”, 법률신문 3321호, 13면 이하 참조.

11) 권영준, “인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 2006년 6월, 21면 참조.

12) 윤해성, “인터넷서비스제공자의 형사법적 책임”, 인터넷법률 32호, 80면 참조.

13) 신평, “새로운 명예훼손법 체계의 구축에 대한 시도”, 공법연구 31집 3호, 214면 참조. 한편 조성규, “명예훼손으로 인한 손해배상책임에 있어서 면책법리에 관한 연구”, 민사법학 18호, 577면

데,¹⁴⁾ 미국과 같은 징벌적 손해배상을 인정하는 경우 형벌을 대체하여 예방 및 위하효과를 달성할 수 있다는 것이 그 주된 이유이다.

그러나 민사적 구제수단의 경우 소송비용의 부담도 크고 소송기간도 장기간에 걸칠 수 있어 막상 승소하더라도 그 사이에 실추된 명예와 그로인한 손해를 회복하는 것은 쉽지 않다. 또한 미국의 경우 명예훼손으로 인한 손해배상청구사건에서 승소율이 매우 낮음에도 불구하고 소송률은 상당히 높다. 그 이유는 징벌적 손해배상의 인정을 통한 고액의 손해배상액에서 찾을 수도 있겠지만, 근본적으로는 자신의 잃어버린 명예에 대한 회복욕구가 강한데서 비롯된다고 한다. 또한 미국 내에서도 민사소송으로 단일화시킨 명예훼손법리가 개인의 명예보호의 측면에서도 무용지물이고, 오히려 언론의 명예훼손을 부추긴다는 비판이 제기되고 있는 실정이다.¹⁵⁾

결론적으로 민사적 구제수단만으로는 개인의 명예를 보호하기는 불충분하다고 할 수 있다. 그렇다고 하여 곧바로 형사적 제재수단을 사용하는 것은 결코 바람직하다고 할 수 없다. 형벌은 다른 어떤 제재수단(예컨대 민사상 손해배상, 행정적 제재수단 등)보다도 강력하고 따라서 그만큼 남용될 경우 개인의 권리와 자유를 침해할 위험성도 크다. 형벌에 의한 개입이 정당화되기 위해서는 형법에 앞서 있는 사회통제수단(정치, 종교, 윤리, 도덕과 같은 사회규범이나 민법, 행정법 등과 같은 다른 법규범)을 전제하지 않으면 안 된다. 다른 사회적, 법적 통제수단들이 문제를 해결할 수 없는 경우에 비로소 형벌은 보충적으로 투입되지 않으면 안 된다.¹⁶⁾ 인터넷으로 인해 개인의 명예가 침해되었을 경우 민사적 제재수단(손해배상) 이외에 고려해 볼 수 있는 대표적인 구제수단이 행정적 조치이다.

2. 행정적 구제방안

(1) 방송통신위원회에 의한 구제

방송통신위원회는 정보통신망에 유통되는 정보로 인한 사생활의 침해 또는 명

은 형사제재보다는 민사제재가 중심이 되어야 한다고 주장한다.

14) 일본과 비교해 보면 2007년에 수사기관에 접수된 고소사건이 일본은 16,958건인데 반해 우리나라는 418,714건으로 무려 25배가 된다. 인구 1만명당 고소고발사건을 비교해 보면 일본은 1.3건인에 반해 우리나라는 86.8건으로 67배 가까이 되는 수치이다. 국가경쟁력강화를 위한 법질서확립방안, 한국형사정책연구원, 2008, 336면.

15) 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장검토”, 형사법연구 25호(2006년 여름호), 305면 참조.

16) 배종대, 형법총론, 2007, 53면 참조.

예훼손 등 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발, 교육, 홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스제공자에게 권고할 수 있다(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법이라고 함) 제44조 제2항. 또한 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보 등 불법정보에 대해서는 방송통신윤리위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 명할 수 있다(정보통신망법 제44조의7 제2항).

2008년 2월 29일 개정된 정보통신망법에 의하면 정보통신윤리위원회가 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보의 시정요구를 할 수 있는데(개정된 정보통신망법 제44조의9 제1항 제3호), 시정요구의 유형으로는 내용삭제(해당정보의 삭제), 접속차단(해외불법정보에 대한 URL차단), 이용정지 및 이용해지(정보이용자의 서비스 이용에 대한 일시정지 및 영구해지), 기타 청소년유해매체물에 대한 표시의무 이행 및 표시방법 변경 등이 있었다. 1995년부터 2007년까지의 심의 및 시정요구 실적으로 보면 다음과 같다.

<연도별 심의 및 시정요구실적>

구분	1995-2004	2005	2006	2007	2008.1.	합계
심의	297,752	119,184	156,734	216,224	9,337	799,231
시정요구	141,533	42,643	44,289	112,220	6,808	347,493

또한 2008년 1월 위반내용별 심의 및 시정요구 실적으로 보면 다음과 같다.

<2008년 1월 위반내용별 심의 및 시정요구 실적>

위반내용	심의건수	시정요구					
		계	내용삭제	접속차단	이용정지	이용해지	기타
음란·선정	4,828	3,383	2,468	52	174	682	7
권리침해	728	200	194	0	1	5	0
폭력/잔혹/혐오	1,237	1,174	1,163	0	10	1	0
사행심조장	971	842	175	414	0	253	0
사회질서위반	1,573	1,209	721	127	0	339	22
합계	9,337	6,808	4,721	593	185	1,280	29

한편 방송통신심의위원회내에 설치된 사이버 명예훼손분쟁조정부는 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련된 분쟁의 조정과 이용자에 대한 정보제공청구업무를 하고 있다.

명예훼손분쟁조정이란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보와 관련하여 분쟁이 있는 자의 조정신청에 대하여 명예훼손분쟁조정부가 조정하는 것을 말한다. 지난 2007년 및 2008년 1월동안 접수된 분쟁조정건수는 다음과 같다.

구분	계	피해내용			
		명예훼손·모욕	성폭력	스토킹	기타
2007	189	175	1	2	11
2008.1.	24	24	0	0	0
합계	213	199	1	2	11

또한 특정한 이용자에 의한 정보의 게재나 유통으로 인하여 자신의 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 권리를 침해당하였다고 주장하는 자는 민·형사상의 소제기를 위하여 사이버 명예훼손분쟁조정부에 해당 정보통신서비스제공자가 보유하고 있는 해당 이용자의 정보제공을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 이를 이용자 정보제공 청구제도라고 한다. 제공되는 정보는 정보통신서비스제공자가 보유하고 있는 성명, 주소 등 민형사상 소제기를 위한 최소한의 정보이며, 조정부에 정보제공청구가 접수되면 조정부는 첨부된 소명자료 등을 참고하여 정보제공 여부를 결정하게 된다. 그리고 정보제공결정을 하게 되면 조정부는 정보통신서비스제공자에게 정보제공요청을 하고, 조정부가 정보통신서비스제공자로부터 정보를 제공받아 청구인에게 전달한다. 이용자 정보제공 청구를 통해 알게 된 타인의 정보는 절대 소송 이외의 목적으로 사용해서는 안 되며, 제공받은 정보를 민·형사상의 소제기 이외의 목적으로 사용하는 경우에 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. 지난 2007년 및 2008년 1월동안 접수된 이용자 정보제공청구 접수건수는 다음과 같다.

구분	계	피해내용			
		명예훼손·모욕	성폭력	스토킹	기타
2007	149	123	8	2	16
2008.1.	21	19	2	0	0
합계	170	142	10	2	16

(2) 정보통신서비스제공자에 의한 자율적 구제

정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되는 경우에는 임의로 임시조치를 할 수 있다(정보통신망법 제44조의3 제1항).

또한 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다(제44조의 2 제1항). 정보통신서비스제공자가 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보 게재자에게 통지하여야 한다. 이 경우 정보통신서비스제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다(같은 조 제2항). 정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 할 수 있다(같은 조 제4항). 한편 정보통신서비스제공자는 필요한 조치에 관하여 그 내용·절차 등을 포함하여 미리 약관에 명시하여야 하며, 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 필요한 조치를 한 경우에는 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다(같은 조 제5항, 제6항).

3. 형사적 구제방안

(1) 형법 및 정보통신망법상의 사이버명예훼손죄

인터넷상의 명예훼손행위는 형법상 명예에 관한 죄 및 정보통신망법상 사이버 명예훼손죄로 처벌할 수 있다.

우선 형법은 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다(제307조 제1항). 공연히 허위의 사실을 적시하여 사자(死者)의 명예를 훼손한 때에도 마찬가지이다(제307조). 그리고 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 때에는 5년 이하의 징역이나 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다(제307조 제2항). 다만 타인의 명예를 훼손한 경우에도 그것이 진실한 사실로서 공공의 이익을 위한 때에는 위법성이 조각된다(제310조). 한편 비방할 목적으로 신문, 잡지, 라디오 기타 출판물에 의하여 사람의 명예를 훼손한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의

벌금에 처하고(제309조 제1항), 허위의 사실을 적시한 때에는 7년 이하의 징역이나 10년 이하의 자격정지 또는 1천5백만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다(제309조 제2항). 이중 사자명예훼손죄는 친고죄이지만 일반명예훼손죄와 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 반의사불벌죄이다(제312조).

다음으로 정보통신망법은 비방할 목적으로 정보통신망을 이용하여 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고, 그것이 허위의 사실인 경우에는 7년 이하의 징역이나 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있다. 정보통신망이란 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체계를 말하는데, 인터넷상의 포털게시판이나 댓글, 블로그, 카페, 홈페이지, 메신저, 전자우편 등을 포함한다.

정보통신망법이 제정되기 전에는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 수단 중 '기타 출판물'에 의한 경우로서 텔레비전이나 인터넷을 포함시킬 수 있는가에 대해서 견해가 대립되었다.¹⁷⁾ 형법상의 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 비교해 볼 때 자유형은 동일하지만 벌금형이 높아졌다는 점에서 차이가 있다. 다만 정보통신망법상의 사이버명예훼손죄는 형법상의 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 마찬가지로 반의사불벌죄로 규정되어 있다.

(2) 사이버명예훼손죄의 성립요건

형법상 출판물 등에 의한 명예훼손죄 또는 정보통신망법상 사이버명예훼손죄가 성립하기 위해서 사실의 적시, 공연성 그리고 비방의 목적이 있어야 한다. 우선 사실의 적시와 관련해서는 다음의 판례를 주목할 필요가 있다.

면장인 A는 군의회의장의 측사에 대해 '안하무인의 측사 등 작태'라는 제목으로 '군의회의장의 측사가 꼴불견이었다, 마을의 대표들을 유치원생 다루듯이 했다'라는 내용의 글을 군청 게시판에 게재하자, 군의회의장이 A를 상대로 정보통신망을 통한 명예훼손죄 (정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조 제1항)로 고소하였다. 대법원은 '정보통신망을 통한 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 사실의 적시가 있어야 하며, 적시된 사실은 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도로 구체적이어야 한다'고 전제한 후, '군청 홈페이지 게시판에 게재한 글의 내용은 명예훼손적 사실의 적시가 없었다'며 상고를 기각

17) 이를 긍정하는 견해로는 김일수·서보학, 형법각론, 2004, 200면; 이정원, 형법각론, 2003, 244면 참조. 유추해석금지 원칙에 반한다는 이유로 부정하는 견해로는 오영근, 형법각론, 2007, 255면; 임웅, 형법각론, 2003, 209면 참조.

하였다.¹⁸⁾

그동안 대법원은 "문제의 표현이 사실을 적시하는가, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인가, 의견 또는 논평을 표명하는 것이라면 그와 동시에 묵시적으로라도 그 전제가 되는 사실을 적시하고 있는가, 그렇지 않은가의 구별은 당해 게시물의 객관적인 내용과 아울러 일반독자가 보통의 주의로 게시물을 접하는 방법을 전제로 게시물에 사용된 어휘의 통상적인 의미, 게시물의 전체적인 흐름, 문구의 연결방법 등을 기준으로 판단하여야 하고, 덧붙여 당해 게시물이 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 등도 함께 고려하여야 한다."고 판시해 왔다.¹⁹⁾ 이 판결은 가상공간이라고 하여 명예훼손의 구성요건이 달라지지 아니한다는 사실을 확인해 준 것으로서 비록 가상공간에서는 기존의 명예훼손의 법리를 적용하기가 어렵기는 하지만, 그것이 책임부분이 아닌 단순한 사실의 적시판단은 오프라인에서와 다를 것이 없다는 것을 천명한 것이다.

다음으로 사이버명예훼손죄가 성립하기 위해서는 공연성을 충족해야 한다. 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데, 높은 전파성을 갖는 인터넷의 특성상 공연성의 요건은 쉽게 충족된다. 다만 일대일의 채팅방에서 비방의 글을 올린 경우 공연성의 요건이 충족되는가가 문제될 수 있다.

최근 대법원은 인터넷에서 '일대일 비밀대화'를 통해 제3자를 비방한 경우에도 명예훼손 혐의가 성립될 수 있다는 판결을 내려 주목을 받고 있다. 대법원은 지난 2월 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(명예훼손) 혐의로 기소된 허모(53·회사원)씨에 대한 상고심(2007도8155) 선고공판에서 무죄를 선고한 원심을 파기하고 사건을 의정부지법으로 돌려보냈다. 허씨는 2006년 2월 12일부터 자신의 인터넷 블로그에 A라는 여성이 회사 상무로부터 돈을 받는 조건으로 B부장의 사생활을 보고한다는 내용의 소설 '꽃뱀'을 게재했다. 허씨는 이 소설에서 A가 블로그 회원인 유모씨(필명 로000)임을 암시하는 듯한 내용을 썼고, 같은 해 5월 27일 '고운'이라는 ID를 쓰는 사람이 일대일 대화를 통해 '꽃뱀이 누구냐'고 묻자 "로000이다. 증거가 필요하면 줄 수 있다"고 답했다가 명예훼손 혐의로 기소됐다. 허씨는 1,2심에서 "일대일 비밀 대화는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 공연성이 없다"며 무죄를 선고받았다.²⁰⁾ 그러나 대법원은 판결문에서 "명예훼손죄의 구성요건인 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에게 사실을 유포했다라도 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족한다"고 밝혔다.

18) 대법원 2003.6.24. 선고 2003도1868판결.

19) 대법원 2000.2.25. 선고 98도2188판결; 1999.2.9. 선고 98다31356판결

20) "인터넷 '1대1 대화'도 명예훼손 성립", 법률신문 2008년 2월 18일자 참조.

재판부는 이어 “대화가 인터넷을 통해 일대일로 이뤄졌다는 사정만으로 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수는 없는 것이고, 또 상대방이 비밀을 지키겠다고 말했다고 해서 그가 당연히 대화내용을 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 없다고 할 수도 없는 것”이라고 덧붙였다.²¹⁾

그리고 형법상 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 마찬가지로 정보통신망법상 사이버명예훼손죄가 성립하기 위해서 ‘비방할 목적’이 있어야 한다. 일반적으로 일반명예훼손죄보다 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 가중처벌되는 이유에 대해서는 신문, 라디오, 잡지 등을 이용하여 타인의 명예를 훼손하는 경우에는 전파성이 더욱 높고 또한 비방의 목적이 있다는 점에서 행위반가치가 더 크다고 설명되고 있다.²²⁾ 이에 대해서는 최근 ‘비방할 목적’이라는 요건이 역기능적으로 작용할 여지가 크므로 삭제해야 한다는 주장이 제기되고 있다.²³⁾

이러한 주장은 비방할 목적이란 사람의 명예를 훼손시키기 위해 인격적 평가를 저해하려는 의도로 해석되고 있으나²⁴⁾ 이는 명예훼손죄가 성립하기 위해 기본적으로 요구되는 주관적 구성요건요소로서 명예훼손의 고의와 본질적으로 다르지 않고, ‘비방의 목적’을 이유로 가중처벌하면 윤리형벌의 성격을 갖게 되며, 주로 사인에 대해서 적용되는 단순명예훼손죄와 주로 언론기관에 대해 적용되는 출판물 등에 의한 명예훼손죄 간에 차이를 둘 이유가 없다는 점을 그 근거로 들고 있다. 최근에는 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 ‘비방의 목적’은 언론기관이 갖는 사실공개적 성격과 공익성을 감안하여 개인의 명예보호와 언론출판의 자유를 조율하는 기능을 가지고 있기 때문에, 그러한 성격을 갖지 않은 정보통신망 이용행위는 비방의 목적이 없더라도 사이버명예훼손죄로 처벌하는 것이 타당하다는 주장이 제기되고 있다.²⁵⁾

그러나 이러한 주장은 ‘비방의 목적’이 갖는 중요한 기능을 간과한 것으로 수용하기 곤란하다고 본다. ‘비방의 목적’이 설사 명예훼손의 고의와 본질적으로 다

21) 대법원 2008.2.14. 선고 2007도8155 판결.

22) 김일수·서보화, 앞의 책, 200면; 박상기, 형법각론, 2007, 190면; 배종대, 형법각론, 2007, 287면; 오영근, 앞의 책, 220면; 이재상, 형법각론, 2007, 196면; 임웅, 앞의 책, 208면 참조.

23) 주승희, “현행 사이버명예훼손죄 법리의 문제점 및 사이버모욕죄 도입의 정당성 검토”, 한국형사정책학회 추계학술회의 자료집(사이버문화의 확산에 따른 역기능증가와 대응방안), 2008.11.1., 186면 이하.

24) 판례(대법원 2006.9.28. 선고 2004도6371 판결)는 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 명예훼손죄에 있어서 ‘고의’는 타인의 사회적 평가를 저하시킬 사실의 인식과 그 의사를 말하고, ‘비방의 목적’은 가해의 의사 내지 목적을 요한다고 판시하고 있다.

25) 정완, 인터넷상 명예훼손죄의 합리적 대응방안, 한국형사정책연구원, 2007, 81면.

를 바 없다고 하더라도 인식이나 의사의 강도(強度) 면에서 명예훼손의 고의보다 훨씬 더 높다. 즉 단순 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 명예훼손의 미필적 고의로도 충분하지만, 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 그보다 훨씬 높은 강도의 인식과 의사가 요구되는 것이다. 따라서 미필적 고의 정도로는 보통명예훼손죄가 성립할 수는 있으나 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 성립할 수는 없다. 그렇다면 '비방의 목적'은 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 성립범위를 제한하는 역할을 한다.

또한 판례가 잘 지적하고 있듯이 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다.²⁶⁾ 그런데 공공의 이익을 위한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정(제310조)은 사람을 비방할 목적이 요구되는 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조 제1항)에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 단순 명예훼손죄(형법 제307조 제1항)에 한하여 적용될 따름이다. 따라서 '비방할 목적'이 없는 행위에 대해서는 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하지 않음은 물론 공공의 이익을 위한 행위로서 위법성이 조각될 여지까지 부여되는 셈이다. 이렇듯 '비방의 목적'은 언론의 자유를 보장하고 형벌권을 제한하는 방향으로 작용하고 있으므로, 그 존재가치는 결코 가볍게 평가되어서는 안 될 것이다.

앞에서 서술한 바와 같이 최근에는 정보통신망법상 사이버명예훼손죄를 형법상 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 구별하여 '비방의 목적'을 삭제하자는 견해가 주장되고 있으나, 만일 '비방의 목적'을 삭제하는 경우 사실상 사이버명예훼손죄의 성립범위를 확장하는 결과가 될 뿐만 아니라 그만큼 인터넷상 언론의 자유를 제한하는 결과를 초래한다. 나아가서 신문, 잡지, 라디오 등을 이용하는 언론기관과 인터넷을 이용하는 사인을 사실상 차별하는 것으로서 결코 바람직하지 않다. 최근에는 정보프로슈머(information prosumer)라는 신조어가 있을 정도로 개인이 자신의 전문성을 발휘하여 언론매체가 게시한 기사에 대해 그 오류 및 부당성을 지적하는 댓글을 심심찮게 볼 수 있다.²⁷⁾ 과거 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지 등의 미디어가 일반적인 시대에는 개인은 단순히 정보의 수용자에 불과했지만 인터넷의 등장으로 개인도 스스로 정보를 수집·분석·평가하여 자신의 의견을 개진할 수 있게 되었다. 이와 같은 사이버시대에 있어서 정보통신망법상 사이버명예훼손죄에 있어서 '비방의 목적'을 삭제하는 경우 언론매체와 개인의 언론의 자유를 차별하는 결과를 가져오게 될 것이 분명하다.

26) 대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결; 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결.

27) 경제관련 예측과 이명박 정부의 경제정책에 대한 비판으로 인터넷에서 인기를 모으고 있는 인터넷 논객 '미네르바'가 그 대표적인 사례이다.

(3) 형사처벌 현황

최근 경찰은 최근 인터넷을 통한 허위사실 유포와 악플이 심각한 사회문제로 대두됨에 따라 악질적·상습적 ‘악플러’를 구속수사한다는 방침을 세우고 집중단속에 착수했다.²⁸⁾ 한편 법원에서도 인터넷 게시판 등에 정치인들을 비방하는 악성 게시물을 수시로 올린 상습 악플러에게 징역형을 선고했다. 지난 6월 서울고등법원은 공직선거법 위반 혐의로 기소된 이 모씨(58)에 대해 벌금 600만원을 선고한 1심 판결을 깨고 징역 5월의 실형을 선고했는데, 항소심 재판부가 벌금형을 내린 1심 재판부 결정을 파기하고 보다 엄격한 책임을 물은 것이다.²⁹⁾ 2000년부터 2006년까지 검찰에서 처리된 명예훼손, 출판물 등에 의한 명예훼손 및 모욕사건을 보면 다음과 같다.

<검찰에 의한 명예훼손 및 모욕사건 처리현황>

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
처리	11224	12258	12259	11653	12647	14633	15833
기소	2106	2414	2409	2164	2474	2860	3229
불기소	7797	8369	8299	8183	8633	10008	10990
타관송치등	458	562	663	435	383	391	454

IV. 맺음말

최근 방송통신위원회는 인터넷 공간에서의 명예훼손, 악성루머 등 불건전 정보를 차단하기 위해 포털이나 사용자제작콘텐츠(UCC), P2P 등 인터넷 서비스 사업자의 규제를 대폭 강화하는 ‘인터넷정보보호종합계획’을 수립하였다. 이에 의하면 정보통신망법을 개정하여 포털 등의 사업자에 대해 모니터링 인력·조직 운영의 무와 함께 불법정보 유통 차단의무를 부과하고 위반시 처벌 규정을 도입할 예정이다. 또한 명예훼손 피해자가 정보 삭제를 요청할 경우 임시조치(블라인드) 등을

28) 경찰청은 지난 10월 6일부터 한 달간 사이버요원 900명이 상습·악질 인터넷 악플러 집중단속을 벌인 결과 총 2천30명을 검거해 이중 11명을 구속했다고 밝혔다. 단속된 사이버범죄 유형별로 보면, 명예훼손·모욕이 1천205명(59.3%)으로 가장 많았고 협박·공갈 454명(22.4%), 스토킹 371명(18.3%) 등이었다. 검거된 이들을 연령별로 보면 인터넷을 주로 사용하는 20~30대가 1천253명(61.7%)으로 가장 많았고 성별로는 남자가 68.7%(1,394명)를 차지했다. 명예훼손이나 모욕, 스토킹 범죄는 원한(508명, 32%)이나 애정문제(448명, 28%)로 앙심을 품고 허위사실을 인터넷 블로그와 카페, 게시판에 올리거나 휴대전화 문자 메시지 등으로 전송하는 경우가 많았다.

29) “벌금형 ‘상습악플러’ 항소심서 실형 선고”, 매일경제 2008년 7월 30자 참조.

취하지 않거나 피해자에게 통보를 하지 않는 경우에도 처벌을 강화할 계획이다. 그리고 방송통신위원회는 사이버폭력 피해가 통상적인 손해배상으로 회복이 불가능하고 형사처벌 위주의 억제로도 한계가 있는 만큼 통상적인 손해배상 범위를 넘는 징벌적 손해배상제도를 도입키로 했다. 이와 더불어 방송통신위원회는 불법스팸 전송으로 인한 과태료 처분자 정보를 DB로 구축해 통신사가 조회할 수 있도록 하는 한편, 추후 통신사별로 보유·관리하는 악성 스팸어 정보를 공유하는 시스템을 가동할 계획이다.

정보통신위원회는 인터넷 게시판을 통한 익명성에 의한 역기능이 서비스 유형에 관계없이 모든 게시판에서 발생하고 있는 점을 고려하여 본인확인조치 의무 대상사업자를 일일평균 이용자수 10만명 이상의 모든 게시판 운영 정보통신서비스제공자로 확대는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령 일부개정령(안)」을 지난 8월 28일 입법예고하였다.³⁰⁾ 방송통신위원회의 이 같은 일련의 조치는 개뿔녀 사건처럼 익명의 그늘에 숨어 마녀사냥식 사이버 폭력이 난무하는 현실을 더 이상 좌시하지 않겠다는 의지로 풀이된다. 이와 같은 조치들은 사이버 명예훼손죄나 사이버모욕죄와 같은 형사처벌보다는 그나마 경미하다고 볼 수 있으나, 사이버상의 권리침해를 예방한다는 것을 구실로 인터넷을 통한 정치적 의사 표현을 억제하는 부작용을 초래하지 않는지 신중히 검토할 필요가 있다.

기존의 매체와 비교해 볼 때 인터넷은 분명 새로운 매체이고 따라서 그의 규율이나 법적용에서도 새로운 패러다임을 요구하고 있다. 사이버스페이스는 이전과 달리 많은 사람들에게 쉽고 저렴하며 자유롭게 더구나 자신을 밝히지 않고서도 자신의 의견을 개진할 수 있는 기회를 제공하고 있다. 또한 사이버스페이스는 이전의 매체와는 달리, 자신이 원하는 의견들만을 골라 읽을 수 있고, 자기가 싫어하는 의견들은 아예 접근하지 않거나 배제시켜 버릴 수 있다. 그리고 즉각적인 반박이나 의견개진이 가능하다.

이처럼 피해자가 평소에 인터넷 게시판 등을 이용하여 표현활동을 하고 있다면 명예훼손적 메시지에 대한 즉각적인 반격이 가능하기 때문에 인터넷상 개인간에 이루어지는 명예훼손에 대해서 국가가 적극적으로 나서서 것은 바람직하지 않다는 주장이 제기되고 있다.³¹⁾ 인터넷상의 명예훼손에서는 가해자와 피해자가 평등한 입장에 선다는 것은 인터넷의 비대면성, 익명성, 빠른 전파성 등을 고려해 볼 때 다소 현실성이 떨어지는 가정이지만, 인터넷상에서 이루어지는 각종 권리침해행위에 지나치게 국가가 개입해서는 안 된다는 시사점은 충분히 고려해

30) 방송통신위원회 홈페이지(www.kcc.go.kr) 알림마당>법령정보>입법예고 게시판 190번 참조.

31) 이해완, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 헌법학연구 6권 3호, 102면 참조.

불 필요가 있다.

헌법재판소도 인터넷을 가장 참여적인 시장으로 표현촉진적인 매체라고 하면서, 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다고 전제하고 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 한다고 밝힌 바 있다.³²⁾ 최근 정부가 강력하게 추진하고 있는 사이버모독죄의 신설을 두고 정부가 “우리나라의 사이버공간을 학교로, 대한민국 국민을 학생으로 보고, 사이버모욕죄는 국민이 욕한다고 징역형까지 살릴 수 있는 사랑의 매듭으로 보는 것 같다”는 뼈있는 말을 기억할 필요가 있다고 본다.³³⁾

32) 헌법재판소 2002.6.27. 99헌마480결정.

33) 박경신, “법무부의 외국법 오독”, 한겨레신문 2008년 11월 20일자 참조.

토 론 문

김 종 료 (전주지검 군산지청장)

최근 유명 연예인의 자살사건을 계기로 사이버폭력의 심각성에 대하여 사회적 경각심이 커졌다. 사이버공간이 불특정다수 당사자간의 자유로운 정보교환과 토론으로 건전한 여론형성이나 표현의 장으로서의 장점이 있는 반면 시공간을 넘어서는 광범위한 정보전달 및 전파가능성으로 인해 허위사실 유포나 모욕으로 인한 법익침해가 사회문제가 되고 있다.

현행 형법상 모욕이나 명예훼손은 주어진 공간에서 일정한 시간동안 대체로 당사자의 면전에 행해지는 것을 전제로 성립하는 것으로 되어 있지만 사이버 공간상에서는 순식간에 전지구적으로 그 내용이 알려지게 되어 그로 인한 인격권 침해와 명예훼손의 결과가 이루 말할 수 없다. 문제는 사이버범죄의 특성의 하나인 익명성으로 인해 가해자가 누구인지 특정하기 어렵고, 소위 퍼나르기 등에 의한 무수한 관련자가 존재하여 수사하는 것도 그리 쉬운 일이 아니다. 그동안 허위사실 유포의 대표적 사례로는 2008. 6. 다음 아고라 자유토론방에 '덕수궁 앞에서 여성 시위자가 전경에 의해 목졸림을 당해 즉사한 것을 목격하였다'고 하면서 사건과 무관한 사진10여장을 게시한 경우를 들 수 있다.

사이버 공간에서의 윤리와 도덕적 질서는 이를 이용하는 네티즌의 이성과 양식에 따라 자연스레 이루어지는 것이 무엇보다 먼저 이겠지만 현실은 극단적인 언어폭력과 저질 욕설이 난무하는 무질서한 공간으로 변해 버려 이에 대한 적절한 규제가 불가피한 상황이 되었다. 물론 지나친 규제는 표현의 자유를 제약하는 결과로 이어지기 쉽다. 실로 인터넷으로 인해 사회적 지위나 성별, 연령, 인종 등의 조건을 넘어서 전세계와 수평적인 소통이 가능해졌고, 그만큼 각 개인의 표현의 자유는 확대되었다고 할 수 있다. 그러므로 인격권으로서의 명예와 자유권으로서의 표현의 자유를 어떻게 조화시킬수 있을 것인가의 문제이다.

헌법재판소가 "헌법 제 21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유는 전통적으로 상상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하고 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민 주권을 실현하는 데 필수 불가결한 것"으로 파악하고 있다. 하지만, 인터넷상의 표

현의 자유도 우리 헌법 제21조 제4항의 “타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안된다”는 한계를 분명히 가지고 있다. 결국 사이버공간을 규제함에 있어서는 헌법상 표현의 자유를 침해하지 않도록 그 합리성과 적절성이 보장되는 전제하에 개인의 법익침해행위에 대한 보호가 이루어지는 것이 바람직하다.

사이버 공간에서의 표현의 자유는 자유로운 의견과 건전한 토론에 초점이 있는 것이지 상대방에 대한 무분별한 욕설이나 폭언의 자유까지 보장하는 것은 곤란하다. 현재 법무부에서 도입을 추진하는 사이버모욕죄의 주요골자는 현행보다 벌칙을 강화하고, 친고죄가 아닌 반의사불벌죄로 하는 데 있는 것으로 알고 있는데 이러한 것은 수사상 현재와 별차이가 없을 것이지만 상징적 의미는 있을 것으로 보인다.

물론 여기에 본인확인제나, 인터넷주소사용자의 본인확인제 등이 도입이 이루어지면 입증의 문제가 다소 완화되고 익명성이 희석되는 측면이 있기에 사이버공간의 정화에 도움이 될 것이다. 방송통신위원회나 정보통신위원회에서 제시하는 행정적 규제와 더불어 정보통신 사이버모욕죄가 도입되거나 말거나 명예훼손이나 모욕성이 큰 게시물이 올라오면 포털업체에서 자체적으로 일정기간 게시물 열람금지 조치를 취하는 등 포털의 민사책임을 면하려는 자율적 규제방법도 동시에 추진되는 것이 좋을 것이다. 네티즌 상호간에 자정노력이 함께 한다면 더욱 금상첨화가 될 것이다.

발표자는 형벌은 다른 어떤 형사적 제재수단 보다고 강력하고 그 만큼 남용될 경우 개인의 권리와 자유를 침해할 위험성이 크다고 하지만 실제 현실의 법 적용에서는 명예훼손이나 모욕은 대부분 불과 몇십만원의 벌금에 그치는 것으로 끝나고 있으며 실형을 선고받은 경우는 사회적 파장이 큰 사례에 극히 이례적으로 일어나고 있음을 지적해두고자 한다.

지정토론문

임 정 호 (한국형사정책연구원 전문연구원)

이 발표문은 우리 사회에서 빈번히 발생하고 있는 소위 인터넷 공간에서의 명예훼손행위에 대하여 풍부한 관련 자료 및 도표 등을 통하여 적절하고 균형있는 논증을 하고 있다. 예를 들어 이 발표문은 구 정보통신윤리위원회 명예훼손분쟁조정부 상담서비스통계(3페이지) 및 사이버범죄의 유형별 발생현황(5페이지) 등을 통하여 우리 사회에 만연한 사이버 공간에서의 명예훼손행위 등이 실제 어느 정도로 이루어지고 있는지에 대하여 실증적인 데이터를 제시하여 이를 밝히고 있다.

그리고 이 발표문은 사이버 공간에 대한 깊은 이해를 바탕으로 사이버 공간의 특성에 대하여 시종 균형감각을 유지하면서 인터넷 공간에서의 명예훼손 행위에 대한 설명을 하고 있는 점이 돋보인다.

또한 사이버공간에서의 명예훼손행위에 대한 적절한 대응방안이 무엇인지를 모색하면서 형사처벌 뿐만 아니라 손해배상 등을 포함한 민사적 구제방안과 행정적 구제방안의 적절성에 대하여 균형감각을 유지하며 논리적으로 잘 설명하고 있는 것으로 생각된다.

사이버 공간에서의 명예훼손행위에 대한 논증을 함에 있어서는 아무래도 최근 인터넷 공간에서 문제가 되고 있는 여러 가지 이슈가 어느 정도 반영이 될 필요가 있다고 본다. 이런 점에서 본 발표문이 정보통신망법상 사이버명예훼손죄의 '비방목적'에 대한 논증을 하면서 최근 이슈가 되고 있는 이른바 '미네르바 사건'을 적절히 예로 들고 있는 점(17페이지)도 높이 평가할 만하다고 생각된다.

다만 명예훼손행위에 대한 여러 가지 구제방안을 설명함에 있어서 한국 외에 미국, 독일, 일본 등 여러 다른 나라들의 입법례 등을 좀 더 자세히 밝혔으면 하는 아쉬움이 남는다고 본다.

【제 3주제】

인터넷모욕죄의 신설방향의 고찰

발 표 : 윤 해 성 (한국형사정책연구원 부연구위원)

토 론 : 오 영 근 (한양대 법대교수)

김 정 선 (변호사, 한국여성변호사회 회장)

인터넷모욕죄 신설방향의 고찰

윤 해 성 (한국형사정책연구원 부연구위원)

1. 엇갈린 논쟁의 시작

최근 국민 여배우의 자살은 악성루머와 악성댓글의 잘못된 만남으로 인해 소중한 생명을 잃은 어이없는 사건이었다. 애도분위기가 식기도 전에 여당은 건전한 인터넷 세상을 만들어야 한다며 사이버 모욕죄의 신설을 주장하고 있으나, 야당은 기존 형법상 처벌이 가능한데 굳이 사이버 모욕죄를 신설하려고 하는 것은 여권이 인터넷을 통제하기 위한 것이라고 하면서 맞대응하고 있다. 여야 모두 일정 부분 타당한 명분을 가지고 있지만, 인터넷의 순기능인 표현의 자유 속에서 행해지고 있는 정보의 교류¹⁾와 인터넷의 역기능인 명예훼손이나 비방 등의 인격권이라는 가치충돌사이에서 유감스럽게도 인터넷의 빠른 기술력은 사이버 공간상의 문화를 흐리는데 한 몫을 하였으며, 나아가 사이버 모욕죄의 증가를 가져오는 결정적 역할을 하는 수단으로 작용하게 되었다. 결국 인터넷의 순기능과 역기능이 충돌한 가운데 현재로서는 인격권 침해라는 쪽에 무게중심이 실려 사이버 모욕죄의 신설이 유력시 되고 있는 현상이다. 따라서 사이버 모욕죄를 신설한다면 i) 사이버 모욕죄의 수용가능성 여부를 살펴보고, ii) 현행 형법상 규제가 가능한지, 가능하다면 사이버모욕죄 신설방향의 쟁점들을 차례로 살펴보고, iii) 정책적 대안을 모색하면서 결론을 내리기로 한다.

2. 사이버 모욕죄 수용가능성 여부

(1) 배경

인터넷에서 발생하는 수많은 문제 중 하나가 악성댓글이다. 실제로 댓글을 다

- 1) 시사적이거나 경제적인 정보로의 댓글은 다양한 공급원으로 인하여 아이디어를 제공할 수도 있다. 또한 정치적인 정보로의 댓글은 특정인이나 특정집단의 독선으로부터 사회와 시민을 지키는 기능을 하기도 한다. 이러한 점 때문에 헌법재판소는 인터넷이야말로 가장 참여적인 매체이며 표현촉진적인 매체라고 결정하기도 하였다(헌재 2002. 6. 27, 99헌마480 결정).

는 문화가 상당히 한국적인 현상임을 감안한다면 악성댓글은 우리나라의 특이한 현상이다. 문제는 댓글로 인하여 명예훼손이나 모욕 등의 문제가 빈번히 발생한다는 점이다. 이러한 요인으로는 첫째, 언어의 무규범성을 들 수 있다. 댓글의 문제는 인식공격적(비방적) 의미와 폭력적 의미가 상당히 높은 비율을 차지한다는 것이다.²⁾ 이러한 댓글문화는 다른 사람의 댓글에 감정적으로 반응할 가능성이 있다.³⁾ 둘째, 상호작용성이다. 네티즌들은 쌍방향성에 기초하여 1:1 또는 1: 다수 등의 소통도 가능하다. 그러나 이러한 상호작용성은 익명성으로 인하여 항상 긍정적 결과로 이어지는 것은 아니다. 셋째, 익명성이다. 익명성에 근거한 편견 및 감정적 표출은 불법적 행위로 발전하기 쉬우며, 인터넷 댓글은 서로 간에 정보의 신뢰성이나 이용자의 책임감 정도를 약화시키는 것은 물론이고 자신의 표현에 책임을 지지 않거나 타인의 의견을 존중하지 않는 경우에도 그에 따른 불이익이 현실공간에 비해 상대적으로 작기 때문에 사람들의 명예를 훼손하거나 모욕하는 결과를 낳을 수 있다⁴⁾. 넷째, 광범위한 공연성과 여론을 형성하여 자살이나 우울증 등을 동반하거나 야기한다는 점이다.⁵⁾ 오프라인에서 보다 욕설이 순식간에 사이버공간으로 확대되고 그에 따라 피해자가 받는 정신적 충격이 매우 크고 회복 불가능하다는 점으로 인해 개인의 생명을 앗아갈 정도의 피해를 유발할 수 있다는 것이다. 이러한 댓글의 문제로 인하여 규제가 필수적이라는 논리가 설득력을 얻고 있고,⁶⁾ 인터넷이라는 강력한 매체를 수단으로 하기 때문에 전파가능성이 상대적으로 크며 삭제도 어렵기 때문에 오프라인에서의 모욕죄보다 가중처벌할 필

2) 유지현, 인터넷 신문의 댓글 언어 연구, 중앙대학교 교육대학원 석사학위 논문, 2005, 7-15면 참조.

3) 강양구, 열린 인터넷을 위협하는 폭력 댓글, 신문과 방송 2월호, 2004, 166-169면 참조.

4) 한혜경, 인터넷 이용자의 시민적 자질들과 가상공간의 속의경험의 관계에 관한 연구, 한국방송학보 제19권 제4호, 2005, 635면

5) 악성댓글로 인하여 자살하는 경우가 특히 많은데, 2007년 1월 가수 유니의 자살, 인기그룹팬클럽 회원들의 악플로 인한 여고생 자살 등이 이루어졌고, 캐나다에서는 2006년 13세 소녀가 사이버공간에서 언어폭력을 당한 후 자살한 사건을 계기로 2008년 7월 캐나다의 전국교사 연맹(CTF) 연차총회에서 사이버 폭력죄의 형법 편입 정책을 만장일치로 연방정부에 촉구하기도 하였다. 이처럼 악성댓글이 단순히 모욕이나 명예훼손만을 일으키는 것이 아닌 여러 가지 파장을 일으킨다는 점에서 더 큰 문제점이 있을 수 있는데, 우울증환자의 경우 정상적인 사람보다 스트레스를 견디는 힘이 약하기에 악플 등은 치명적인 독이 될 수도 있다고 전문가들은 경고한다(국민일보, 2007. 1. 24일 기사). 따라서 댓글이 우울증이나 자살에 직접적인 영향을 미치는 것이라고는 볼 수 없고 매개요인으로 작용할 수는 있다고 보여진다.

6) 한편으로 무조건적인 처벌이 바람직하지 않다는 지적도 있다. 이에 명예훼손 등 사이버 범죄에 대해 어느 정도의 법적 제재는 필수적이겠지만 일정 수준 이상의 법제재는 사이버 공간의 자체적인 발전을 저해함으로써 사이버 공간 자체 내에서의 규범 확립을 오히려 저해할 수 있다고 피력한다(신동준/이명진, 사이버폭력과 그 대책: 자율적 통제의 가능성을 중심으로, 사이버커뮤니케이션학보 제20권, 2006, 149-195면 참조).

요성이 있다는 것이다.

(2) 사이버 모욕죄의 찬반양론 비교

사이버 모욕죄의 신설을 찬성하는 입장에서는 통상이 모욕이나 명예훼손은 당사자의 면전에서 행해지고 대부분 가해자와 피해자간의 문제로 마무리되지만, 사이버공간은 이러한 점을 반영하고 있지 않고 있으며, 익명을 악용한 사이버공간의 인격권 침해의 특수성을 주로 들고 있다. 또한 오프라인과는 달리 표출되는 악의적 댓글의 대부분은 구체적인 사실적시보다는 욕설 등 단순 모욕행위라는 점에서 사이버 인성에 대한 검토가 필요하며, 극단적 언어폭력과 저질 욕설이 난무하는 무질서한 공간으로 변해버린 인터넷의 자기정화 대책이 필요할 시점이며, 최근 명예훼손, 타인에 대한 비방 등 불법행위가 빈번하게 사회문제화되는 것에 대하여 인터넷의 특성을 고려하여 가중처벌할 필요성이 있다는 것이다. 이러한 사이버 모욕을 형법상의 모욕죄로 적용하기 위해서는 피해자의 고소가 있어야만 하지만, 고소가 없거나 처벌을 원치 않는 의사표시가 있더라도 개의치 않고 처벌하기 위해서 필요하며, 또한 세계 최고수준의 인터넷 인프라를 갖추고 있는 우리나라의 특성과 국민들의 인터넷을 통한 의견 표출 성향 및 그로 인한 심각한 부작용이 사회문제화되는 현실에 대처하기 위해서 사이버 모욕죄를 신설해야 한다는 것이다.

이에 대하여 사이버 모욕죄의 신설을 반대하는 입장에서는 게시판에서의 댓글 속성상 즉흥적 자유발언이 대부분이고, 대부분 모방이나 군중심리에 편승하여 발생하는 사례가 많아 행위자의 범의가 무겁다고 보기 어려우며, 게시판 댓글은 최초의 동기유발게시물에 대한 반격의 의미를 가지므로 이를 인격권 침해로 보아 형사처벌에 의한 방법으로만 해결하려고 하면 오히려 표현의 자유를 위축시키는 효과를 초래하게 될 것이며, 나아가 네티즌 전체를 잠재적 범죄자로 규정지어버릴 위험이 있다는 것이다. 또한 기존 형법규정으로 처벌이 충분하여 새로운 특별형법을 신설하는 것은 불필요하며, 대면한 상태에서의 욕설보다 죄질이나 범의, 피해자에 대한 피해결과가 항상 무겁다고 단정하기 어려우므로 일괄적으로 가벌성이 높다고 볼 수는 없고,⁷⁾ 명예훼손과는 달리 단순 욕설이므로 전파성이 높다고 볼 수도 없다. 그리고 자유주의 국가에서는 대부분 모욕죄가 폐지 또는 사문화된 상태이고, 영미법계에서는 모욕행위에 대해 형사처벌은 물론 민사상 불법행위 책임도 묻지 않고 있으므로 사이버 모욕죄의 신설을 반대하고 있다.

(3) 표현의 자유와의 가치충돌 문제

7) 양동철, 사이버폭력에 대한 입법방향 연구, 법조 통권 600호, 2006, 142면.

악성댓글의 사회적 해악이 크기 때문에 이를 어떻게 다루어야 하는 문제는 표현의 자유와의 가치충돌을 의미한다. 악성댓글은 대부분 부정적이고 때론 악질적인 감정적 표출에 불과한 경우가 많지만 이를 규제하는 것은 헌법상 표현의 자유 영역에 대한 고려 또한 배제하지 못하기 때문이다. 헌법상 절대적으로 보호받아야 하는 표현의 자유는 “사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로 개인적 표현의 자유로서의 언론, 출판의 자유와 집단적 표현의 자유로서의 집회, 결사의 자유를 총칭하는 개념”이다. 헌법재판소는 헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론, 출판의 자유, 즉 표현의 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하고 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것으로 파악하고 있다.⁸⁾ 또한 헌법 제23조 제4항은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안된다는 한계를 분명히 하고 있으며, 헌법 제13조는 모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다고 규정하고 있다. 따라서 표현의 자유를 위한 명예보호의 후퇴주장은 타당하지 않다. 이는 표현의 자유와 명예보호라는 이익형량 문제이지 표현의 자유를 실현시키기 위해서 명예보호를 제한하는 것은 타당하지 않기 때문이다.

형법상 모욕죄로 처벌받고 있는 욕설 등의 행위가 표현의 자유의 허용범위에 포함될 수는 없고, 인격권은 인간존엄성의 핵심적인 내용이므로, 사이버공간상의 표현의 자유도 헌법상의 한계를 준수해야 한다. 중요한 것은 댓글의 경우에도 타인의 명예를 훼손하거나 모욕하는 결과를 가져올 수 있는 단순한 감정표출에만 그치는 것이 아니라 여론을 형성하고 진정한 참여를 이끌어낼 수 있는 장의 역할도 하고 있다는 점이다. 따라서 댓글의 불법성을 판단하는데 있어 이를 엄격하게 그 책임을 묻기보다는 적절히 비교형량할 수 있는 판단기준이 필요하다.

(4) 관련 판례 분석

인터넷 모욕죄와 관련된 최초의 대법원 판례는 댓글 작성자(피고인)가 방송사 시사프로그램을 시청한 후 방송사 홈페이지 시청자 의견란에 작성한 글 중 일부의 표현이 피해자(방송 출연자)에 대한 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사라고 인정하는데서 비롯되었다.

이 판례는 모욕죄의 판단기준을 제시하고, 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 보아 위법성조각여부를 제시한 점에 의의가 크다고 할 것이다.⁹⁾ 이를 살펴보면 대법원은 모욕죄에서 말하는 ‘모욕’이란 “사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나

8) 현재 1992. 2. 25, 89헌가104; 현재 2002. 2. 25, 2001헌가27 참조.

경멸적 감정을 표현하는 것”인데, 피고인이 게시한 글 중 …… 등의 표현은 게시글 전체를 두고 보더라도 피해자에 대한 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사라고 판단되지만 대법원은 피고인이 게시판에 글을 올리게 된 동기나 경위 및 배경에 관하여 그 방송 프로그램을 시청한 후 그에 대한 느낌과 이를 방송한 피해자와의 가치관이나 판단의 차이에 따른 자신의 의견을 개진하고, 피해자에게 자신의 의견에 대한 반박이나 반론을 구하는 것,¹⁰⁾ 또한 모욕적인 언사라고 하더라도 글 전체에서 차지하는 비중이 크지 않고, 전체적인 내용에 관련성이 있다면 - 객관적 사실관계는 이미 방송한 프로그램의 내용에 기초한 것이며, 홈페이지에 피해자의 주장에 찬성하는 글과 함께 피고인의 글과 유사한 취지의 글이 적지 않게 게시된 점 - 모욕죄의 범위를 축소시킬 수 있다는 점을 강조하였다. 따라서 모욕죄의 판단기준은 문제된 글의 사회상규 적합성 여부를 게재동기, 전체 글에서의 비중과 연관성, 객관적 사실관계의 근거, 유사내용 글의 존재여부이다.¹¹⁾ 그리고 위법성 조각의 여부를 공익성이나 인터넷의 매체적 특성을 고려하기 보다는 이러한 표현이 게시된 원인과 과정, 반응의 정도를 통해서 판단하려고 했다는 점에서 비교형량의 근거를 제시하고 있다.

인터넷에서의 명예훼손, 폭행 그리고 모욕에 대해서 통합적으로 다루고 있는 판결¹²⁾을 보면, 특히 인터넷 게시판에 타인의 비방하는 글을 게시한 행위가 모욕죄에 해당한다고 보았다는 점과, 모욕죄의 경우 형법 제310조에 의해서 위법성이 조각될 여지가 없다는 점을 확인하였다. 판례는 i) 인터넷의 특성과 관련해서는 모욕행위는 사람의 외부적 명예를 저하시킬 만한 추상적 판단을 공언히 표시하는 것으로 족하므로 표시 당시에 제3자가 이를 인식할 수 있는 상태에 있으면 되고 반드시 제3자가 인식함을 요하지 않으며, 피해자는 그 장소에 있을 것을 요하지도 않으며 피해자가 이를 인식하였음을 요하지도 않으므로 행위자가 피해자

9) 대법원 2003. 11. 28, 2003도3972 판결. 또한 게시의 동기와 경위, 모욕적 표현의 정도와 비중 등에 비추어 사회상규에 위배되지 않는다고 보아 형법 제20조에 의하여 예외적으로 위법성이 조각되어 모욕죄의 성립을 부정한 판례로는 대법원 2008. 7. 10, 2008도1433 판결 참조.

10) 대법원은 글의 전체적인 내용이 원심에서 지적하는 대로 불법주차와 아이를 차에 두고 내린 어머니로서의 과실이라는 근본적인 원인제공을 피해자가 하였으며 그 방송 내용은 개인적인 사정인데 그런 피해자는 자신의 잘못은 생각하지 않고 견인업체 등의 잘못을 탓하며 자신의 범법 행위를 변명하고 있다는 취지로 판단하였다.

11) 이와 유사한 판례로 북한의 김정일에 비유하여 특정인을 비방한 사건이 있다. 법원은 “일반인이 북한의 김정일에 대해 독재자 등의 부정적 이미지를 가지고 있어 특정인을 김정일과 같이 표현한 것은 경멸로 받아들여지는 것이 사회통념이며, … 정상회담 전 북한의 김정일에 비유한 것은 피해자에 대한 경멸의 의사를 표시한 것으로 봄이 상당하다”고 판시하였다. 이 판례 역시 문제된 표현내용이 사회적 통념의 범주에 속하는가에 대한 판단을 하고 있으므로 모욕죄가 성립하기 위한 요건에 대해서만 고려하였다(서울지방법원 2001. 8. 8, 2001노4296 판결).

12) 대법원 2004. 6. 25, 2003도4934 판결.

를 대면할 때만 모욕죄가 성립하는 것은 아니라고 판시하여 타인이 인터넷에 접속하지 않는다고 해서 게시한 사실 자체가 모욕죄 성립에 지장을 주지 않는다고 하였다. 따라서 인터넷 게시판의 속성 자체가 익명성 보장으로 인한 무책임성과 강력한 전파력을 가지고 있는 점을 판단기준으로 보았다. ii) 형법 제20조와 관련해서는 피고인이 글을 게시한 인터넷 게시판에 피해자의 직업과 관련이 있는 관련 사이트 게시한 점, 인터넷 게시판의 속성 자체가 익명성의 보장으로 인한 무책임성과 강력한 전파성을 가지고 있다는 점, 피고인이 인터넷 게시판에 가명으로 글을 게시하였고, 게시한 글의 내용 자체로도 이를 읽는 다수의 사람에게 공익적 측면보다는 단순히 피해자들을 비방하려는 목적이 더 강하다고 보이는 점, 피고인들간의 관계, 인터넷 게시판에 공소사실 기재와 같은 글을 게시하게 된 동기 및 경위, 게시한 이후의 정황 등과 기록을 비추어 형법 제20조(3)에 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 모욕죄에 대한 정의와 인터넷의 특성을 함께 고려했다는 점에 의의가 크다.

이와 비슷한 판례(14)로 모욕행위라 할지라도 i) 모욕적 표현이 담긴 글을 게재하게 된 배경이나 동기, ii) 글의 진실성의 정도 및 전체적인 성격, iii) 표현의 노골적인 정도와 수법 등을 종합해 볼 때 그런 표현이 언론의 자유가 보장되는 정도와 일반인의 사회상규에 위배되지 않을 때 위법성이 조각될 수 있다고 보았다. 그러나 법원은 이 사건에서 문제가 된 “피고인의 글들은 객관적 사실을 바탕으로 한 분석적·평가적인 성격의 것들이라기 보다는 피해자들에게 갖게 된 감정을 별다른 여과없이 그대로 옮겨 놓은 주관적·감정적 성격의 글들로 보이고, 사용된 표현들의 노골적인 정도와 수법 등을 고려할 때 사회상규에 위배된다”고 덧붙였다. “피고인이 …표현이 정제되지 못하고 정도를 넘은 점과 이런 글을 파급력이 큰 인터넷매체에 반복해 게재한 점 등에 비추어 볼때 죄질이 가볍지 않다”고 하여 인터넷 매체의 특성을 고려하였다.

댓글과 관련된 판례(15)로는 댓글 중 반격의 의미로 인격적인 비방의 글에 대해서 경고했으나 이를 무시하고 계속 비방의 글을 올린 판례에서 대법원은 모욕죄는 사람의 외부적 명예를 저하시킬 만한 추상적 판단을 공공연하게 표시하는 것으로 성립하는데 “제3자가 이를 인식하든 안하든 다수의 사람들이 보게 되는 인

13) 대법원은 아울러 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’란 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하는데, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정에 의하여 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다고 하였다.

14) 이와 유사한 판결로 인터넷 신문상의 특정기사에 댓글형식으로 그 기사에 등장하는 특정인에 대하여 경멸의 의사를 표시하는 글을 게재하는 행위가 모욕죄를 인정한 판례로는 서울중앙지법 2006. 3. 10. 2006고정885 판결 참조.

15) 대법원 2007. 6. 28, 2007도3438 판결 참조.

터넷 사이트에 피해자를 모욕하는 글을 게재한 행위 자체로 모욕죄가 된다”고 하였다. 이 판례는 인터넷에서의 인격적인 비방에 대해서 처벌이 가능함을 보여 주는 동시에 현실 공간에서보다 모욕죄의 처벌기준이 강화되었음을 단적으로 보여주었다.

모욕죄의 범위중 공연성과 관련하여 특정인에 대한 욕설이 담긴 메신저 ID를 사용한 점에 대하여 모욕죄를 인정한 판례¹⁶⁾가 있다. 대법원은 메신저 대화 상대방들이 쉽게 볼 수 있는 상태의 행위만으로도 ‘공연성’이 인정되어 모욕죄에 해당한다고 보아 사람을 비방할 목적이 있는지의 여부는 표현된 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 표현 방법 등 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의해 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해정도 등을 비교해서 결정해야 한다고 판시하였다. 따라서 이로 인하여 모욕죄의 적용범위를 게시판 등의 제목이나 댓글뿐만 아니라 ID에 까지 적용하여 공연성의 의미를 확장하게 되었다.

(5) 소결

사이버 모욕죄의 신설을 두고 엇갈린 논쟁의 가운데에는 표현의 자유와의 가치충돌문제가 있었다. 그러나 우리 헌법은 표현의 자유를 인정함과 동시에 명예권을 인정하고 있기 때문에 이를 비교형량할 수 있는 판단기준은 결국 판례에 의할 수밖에 없었다. 따라서 관련 판례들의 분석을 통하여 주요 쟁점들은 추출해보면 다음과 같다.

첫째, 인터넷 모욕죄의 구성요건에 있어서 일반적 모욕죄 적용의 구성요건과 유사하나 인터넷 매체의 특성으로 인하여 법원의 판단이 따로 필요한 부분이 있는 것으로 나타났다. 즉 인터넷 모욕죄의 경우 형법상의 모욕죄의 구성요건으로 충분히 가능하나, 구성요건에 있어서 인터넷의 특수성을 고려할 부분이 존재한다는 것이다. 가령 당사자 특정의 요건에서 인터넷상의 ID를 통해 특정한 본인을 인식할 수 있는 경우에는 모욕죄가 성립하나, 불특정 ID를 사용하는 자에 대한 모욕죄 성립여부는 불투명하다는 것이다. 형법상 모욕죄의 경우 불특정 또는 다수에 대하여 공연성을 인정하지만 인터넷은 특정 소수인에 대해서도 공연성을 인정한다는 점, 그리고 광범위한 전파성을 들어 일반 모욕죄보다 죄질이나 법익 침해의 불법성을 가중적으로 보는 경향을 초래할 수 있다는 점에서 차이점이 있었다.

둘째, 인터넷 모욕죄 적용의 경우 명예훼손의 경우보다 위법성 조각사유가 불분명하다. 이는 모욕죄 적용이 명예훼손죄 적용보다 쉽다는 것을 의미한다. 그러

16) 대법원 2005. 5. 18, 2004도8351 판결.

므로 표현의 배경이나 사실적 근거가 명확하지 않은 경우 대부분의 표현은 모욕죄가 성립할 수 있는 개연성을 보여 주고 있다. 따라서 일시적인 잘못된 판단이나 가벼운 모욕적 표현 등도 사회상규에 어긋나는 것으로 인식되어 적절한 비교형량이 이루어지지 않을 수도 있다. 대법원은 동기나 목적의 정당성, 내용의 전체성, 표현의 노골성 등 정당행위가 인정되기 위한 요건들을 제시하고 있으나 이를 구체적으로 적용시키는 것은 쉽지 않을 것으로 보인다.¹⁷⁾

판례를 분석해 본 결과, 인터넷에서 발생한 모욕죄에 대한 법원의 판단 비중이 높아지고 있다는 것을 알 수 있다. 대개는 인터넷 전자 게시판에서의 악성댓글로, 인터넷 모욕죄의 경우 위법성 조각사유의 적용에는 소극적인 면을 보이고 있고, 오히려 모욕죄의 적용을 제목과 내용은 물론이고 이용자 ID에까지 확대하고 있어 공연성의 의미해석을 광범위하게 하고 있다. 또한 사회상규에 어긋나는 표현의 방식이나 정도에 대해서 구체적인 설명을 하고 있지 않아 부정적인 내용의 글인 경우 대개가 모욕죄에 해당할 수 있는 위험성이 있다.

결국 인터넷 모욕죄는 형법상 처벌이 가능하나 인터넷이라는 매체의 특성을 고려한다는 점에서 일반 모욕죄와는 성질을 달리하고 있으며, 위법성조각사유가 명예훼손죄보다 불분명하여 자칫 잘못하면 인터넷 모욕죄의 적용이 쉽다는 점이 주목할 만하며, 결과불법성을 크게 보는 경향도 알 수 있었다.

3. 사이버 모욕죄 신설방향의 쟁점

(1) 사이버 모욕죄의 내용

현재 사이버상에서 다른 사람을 모욕했을 경우 처벌할 수 있는 형법 개정안을 발의 중에 있으며, 피해자의 고소가 없어도 처벌할 수 있는 반의사불벌죄로 규정하기로 하였다.¹⁸⁾ 형법 개정안에는 “컴퓨터 등 정보통신체제를 이용하여 사람을 모욕한 경우 최고 3년 이하의 징역 또는 천만원 이하의 벌금형에 처하는” 등의 내용이 담겨져 있다. 또한 정보통신망법 개정안에 따르면 제70조 제3항에 “정보통신망을 이용하여 공연히 사람을 모욕한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있으며, 제4항에는 “제1항부터 제3

17) 이재진, 인터넷에서의 모욕죄 적용의 실태와 쟁점, 한국방송학보 통권 제21-5호, 한국방송학회, 2007, 157면 참조.

18) 최근 한나라당 장윤석 의원은 동료의원 23인의 서명을 받은 형법개정안을 대표발의하였다. 즉 타인의 명예를 훼손하는 게시물을 사이버상에 유포했을 때는 9년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에, 욕설 등으로 다른 사람을 모욕했을 때는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 내용이다(연합뉴스, 2008년 10월 31일 기사).

항까지의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다”로 규정하여 정보통신망법에 인터넷을 이용한 모욕행위에 대한 처벌규정을 신설하여 형법상의 모욕죄보다 법정형을 상향 조정하고, 피해자의 고소는 필요하지 않으나, 피해자가 원하지 않을 경우에는 처벌할 수 없도록 반의사불벌죄를 내용으로 하고 있다.

(2) 형법상 모욕죄 검토

가. 구성요건

현행 형법상 모욕죄는 범죄로 규정되어 있다. 그렇다면 인터넷 이용자 전체에 공개되는 모욕행위 또한 범죄이다. 인터넷과 같은 정보통신매체를 수단으로 모욕행위를 하면 현행 체계상 구성요건이 다르기 때문에 사이버 명예훼손으로는 처벌할 수 없고 다만 형법상 모욕죄가 적용된다고 하여 이에 대하여 좀 더 적절하고 세밀한 별도의 규정을 신설해야 한다는 입장¹⁹⁾도 있다.

일반적으로 ‘모욕’은 사회적 평판을 깎아 내리는 가치판단을 다른 사람을 지목함으로써 이루어지는 범죄이다. 다시 말해서 모욕죄는 단순한 추상적인 판단이나 경멸적 감정의 표현으로써의 사회적 평가를 저하시키는 행위이다. 따라서 사실의 적시 없이 상대방의 명예를 저하시킬만한 비하의 의견진술이나 경멸적인 가치판단을 표명하는 행위를 말한다. 다만 그 행위는 피해자의 주관적 입장에서가 아니라, 사회일반인의 객관적 입장에서 보아 사람을 경멸하는 의미로 받아들일 만한 것이어야 한다. 형법 제311조에서는 “공연히 사람을 모욕”한 행위를 규정하고 있으므로, 모욕죄가 성립하기 위해서는 공연성이 요구된다. 여기서 ‘공연성’이란 명예훼손과 같이 불특정 또는 다수인이 직접 인식할 수 있는 상태를 의미하며,²⁰⁾ 반드시 피해자의 면전일 필요는 없다.²¹⁾ 형법 제311조의 불특정 다수란 의미를 대법원은 2인 이상의 불특정인이라고 판시하고 있으나,²²⁾ 이는 현재 수용되지 않고 특정소수인 앞에서 모욕하는 경우에는 모욕죄가 성립하지 않는다고 한다. 왜냐하면 모욕죄의 경우 사실이나 허위사실의 적시가 없기 때문에 전과가능성을 논할 필요가 없기 때문이다.²³⁾ 이 죄의 성립요건으로 공연성을 특히 요구하는 이

19) 정 완, 사이버범죄의 최근동향, 원인 및 대책, 한국형사정책연구원 추계학술회의 자료집, 2008년 11월, 120면.

20) 예를 들어 직장의 전산망에 설치된 전자계시관에 사실을 적시하면 설사 전자계시관을 본 사람이 없더라도 공연성이 인정된다(대법원 2000. 5. 12, 99도5734 판결).

21) 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2002, 195면.

22) 대법원 1956. 12. 7, 4286형상280 판결.

23) 오영근, 형법각론, 박영사, 2006, 225면.

유는 직접적으로 사회에 유포시켜 사회적으로 유해한 행위만을 처벌하고 공연성이 없는 개인적인 정보전달을 제외함으로써 표현의 자유에 대한 지나친 제한을 억제하려는 데에 있다.²⁴⁾ 모욕의 성립은 표시 당시에 제3자가 이를 인식할 수 있는 상태에 있으면 되고, 피해자가 이를 인식하였음을 요하지 않는다고 한다.²⁵⁾ 또한 모욕은 사실의 적시 없이 피해자의 도덕성에 관해 가지는 추상적 판단이나 경멸적인 감정표현이 주로 해당되어 증명할 수 없는 가치판단이 된다.²⁶⁾ 사실을 적시하였다고 하더라도 구체성이 없는 경우에는 명예훼손죄가 될 수 없으며 모욕죄가 성립된다.²⁷⁾ 한편 모욕은 농담, 무례, 불친절, 건방진 표현과 구분된다. 문제된 글이나 말의 내용이 모욕인가 아니면 무례하거나 건방진 표현에 속하는 것인가는 사회통념에 따라서 객관적으로 결정된다.²⁸⁾ 따라서 사회상규에 어긋나는 모욕적 표현은 형법상 범죄에 해당하게 된다. 대체로 이러한 표현들은 범죄, 성적비하, 장애, 가정불화나 비윤리적 행위가 대부분이며 이러한 표현들은 우리 사회의 정서적 측면에서 볼 때 수치심이나 분노를 야기할 수 있는 것이라고 판단할 수 있다. 모욕죄가 성립하기 위해서는 고의가 있어야 하는데, 이때 고의는 행위자가 타인에게 공연히 그의 인격적 가치와 명예를 무시, 경멸하는 의사표시를 한다는 점에 대한 인식과 의사를 필요로 하며, 미필적 고의로도 족한 것으로 판단하고 있다.

모욕이란 행위개념은 '경멸의 의사'를 내포하고 있으므로 경멸의 의사는 모욕행위의 개념요소이다. 따라서 경멸의 의사를 초과주관적 구성요건요소로 파악할 이유는 없으며, 다만 경멸한다는 '내심적 상태'가 표현되어야 모욕행위로서 평가된다는 점에서 모욕죄를 '표현범'으로 칭하는 것은 일리가 있다.²⁹⁾ 개정안에는 컴

24) 정성근, 형법각론, 법지사, 1996, 252면; 강구진, 형법강의 각론 I, 박영사, 1983, 214면, 이재상, 형법각론, 박영사, 2000, 182면, 김일수, 형법각론, 박영사, 2001, 166면. 이에 반해 모욕죄의 구성요건은 실제로 명예에 관한 죄 전체의 일반적 포괄 규정에 해당하기 때문에 공연성의 의미도 명예훼손의 그것보다 더 넓게 이해해야 한다는 견해가 있다(김일수/서보학 2007, 207면). 따라서 밀접한 친구사이, 일정한 사람만이 모이는 국무회의, 이사회 석상이라도 하여도 한 사람이 다른 사람에게 그 형식이나 행위상황으로 보아 순전히 모욕적인 언사를 표출하였을 때는 공연성이 인정된다.

25) 대법원 2004. 6. 25, 2003도4934 판결.

26) 대법원 1987. 5. 12, 87도739 판결.

27) 대법원 1994. 10. 25, 94도1770 판결.

28) 오영근, 형법각론, 박영사, 2006, 225면 참조. 소위 사회상규에 어긋나는 표현들이 있는 대법원 판례로는 대법원 1961. 2. 24, 60도864 판결; 대법원 1981. 11. 24, 81도2280 판결; 대법원 1985. 10. 22, 85도1629 판결; 대법원 1987. 5. 12, 97도729 판결; 대법원 1989. 3. 14, 88도1387 판결; 대법원 1990. 9. 25, 90도873 판결; 대법원 1994. 10. 25, 94도1770 판결 참조.

29) 임웅, 형법각론, 2004, 212면 참조.

퓨터 등 정보통신체제를 이용해 사람을 모욕한 행위를 처벌하고 있다.³⁰⁾

나. 법정형

인터넷 명예훼손의 경우, 출판물등에 의한 명예훼손죄와 동일한 혹은 더욱 심각한 법익침해의 우려가 있음을 고려하여 2001년 정보통신망법 제61조(현행법 제70조)를 신설하였다.³¹⁾ 법정형을 볼 때 자유형의 상한은 출판물등에 의한 명예훼손죄와 동일하지만 벌금액의 상한이 더 높아 전체적으로 인터넷상 명예훼손행위를 출판물등에 의한 명예훼손의 경우보다 가중처벌하고 있음을 알 수 있다. 다시 말해서 타인에 대한 명예훼손적 정보가 확산된 경우에는 법익침해의 정도가 오프라인에서보다 크기 때문에 그와 같은 가중된 결과불법을 현행 정보통신망법상 사이버명예훼손죄의 법정형에 반영하고 있는 것이다.

현행 형법에 의하면 욕설과 같은 사실의 적시 없는 비방의 경우 단순모욕은 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하고 있으나 개정안은 다른 사람을 모욕했을 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 각각 처하도록 하여 상당히 가중처벌하려고 하는 의도를 엿볼 수 있다.

다. 위법성조각사유

일반적인 모욕죄의 위법성조각사유에 대해서 다수설이나 판례³²⁾는 모욕죄의 대한 형법 제310조의 적용을 부정하고 있다. 모욕행위는 사실의 적시가 없고 공공의 이익을 위한 의사가 아니라 개인적인 경멸의 의사로 행해지는 것이기 때문에 일반적으로 위법성이 조각될 여지가 없다는 것이다. 이에 대해 공익을 위한 명예훼손행위 내지 공정한 평론이 진실한 사실의 적시와 더불어 불가피하고도

30) 아이뉴스24, 2008년 10월 31일자 기사.

31) 출판물등에 의한 명예훼손죄에 '신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물'에 TV나 인터넷을 포함시키는 것이 목적론적 해석에 부합한다는 견해(김일수·서보학, 형법각론, 2004, 200면; 이정원, 형법각론, 2003, 244면)와 반대하는 견해(박광민, 인터넷명예훼손의 기본법리와 위법성조각, 성균관법학 제15권 제2호, 155면; 오영근, 형법각론, 255면; 임웅, 형법각론, 2003, 209면)가 대립하고 있었는데 정보통신망법에 신설이 되면서 '정보통신망을 통하여'사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우, 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하게 되었고, 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우에는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하게 되었다. 형법상 출판물등명예훼손죄는 사실을 적시한 경우에는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금을, 허위의 사실을 적시한 경우에는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처하고 있어 벌금형에 있어서는 정보통신망법이 형법보다 가중처벌하고 있다.

32) 대법원 2004. 6. 25, 2003도4934 판결에 의하면 "...공익적 측면보다는 단순히 공소의 1을 비방하려는 목적이 더 강하다고 보이는 점 및 피고인과 공소의 1과의 관계, 인터넷 게시판에 공소사실 기재와 같은 글을 게시하게 된 동기 및 경위, 게시한 이후의 정황 등 제반 정황에 비추어, 형법 제20조의 정당행위에 해당하지도 않는다"고 하였다.

부수적으로 모욕적 평가까지 수반되는 경우에는 전체적으로 제310조를 적용하여 모욕행위 부분에 대해서도 위법성조각을 긍정해야 한다는 견해와³³⁾ 공익을 위한 사실적시 내지 공정한 평론이라는 외관하에 실질적으로는 경멸의 의사, 모욕적 의사가 주조를 이룬다면 제310조의 주관적 성립요건이 갖추어지지 않은 것으로 판단해야 하며³⁴⁾, 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다는 견해도 있다.³⁵⁾ 한편, 독일 형법 제192조에서는 주장 또는 전파한 사실에 관한 진실의 입증이 있는 경우라도 정황에 따라 모욕이 인정되는 때에는 형법 제185조의 모욕죄로 처벌한다는 규정을 두고 있다. 그리고 제193조는 학문적·예술적·영업적 업적에 대한 비판, 권리의 행사나 방위 또는 정당한 이익의 옹호 등을 목적으로 하는 비판적 의견의 발표, 상관의 부하에 대한 징계 및 견책, 공무원의 업무상 고발 또는 비평 및 이에 준하는 경우에는 의견발표의 형식이나 의견발표가 행하여진 정황에 비추어 모욕이 인정되는 때에 한하여 처벌할 수 있다는 규정을 두고 있다.³⁶⁾

생각건대, 형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있으므로, 독일형법과 같이 법체계가 다른 이상 해석상 310조를 적용할 수 없고, 명예훼손의 경우 진실성과 공익성 요건이 만족되면 위법성이 조각되는데 반해, 모욕죄의 경우 대개 이러한 요건들이 고려되지 않고 있으므로 모욕행위도 일반적 위법성조각사유에 의해서 정당화될 수 있으며(특히 형법 제20조),³⁷⁾ 경미한 모욕은 사회상규에 위배되지 않은 행위로 위법성이 조각될 수 있다.³⁸⁾

(3) 신설방향의 쟁점 검토

33) 서일교, 형법각론, 박영사, 1982, 110면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2002, 194-5면; 이형국, 형법각론연구 I, 법문사, 1999, 320면; 황산덕, 형법각론, 방문사, 1985, 238면.

34) 임웅, 형법각론, 2004, 212면 이하 참조.

35) 정성근, 형법각론, 범지사, 1996, 264면; 김일수, 형법각론, 박영사, 2001, 174면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2001, 270면; 백형구, 형법각론, 청림출판, 2002, 360면; 진계호, 형법각론, 대왕사, 2000, 233면; 정성근/박광민, 형법각론, 2002, 삼지원, 197면.

36) 우리 형법의 위법성조각규정에 비하여 사유를 구체적으로 열거하고 있다는 점이 특징이고 그와 같이 명예훼손행위가 정당화되는 경우에도 제185조 모욕죄의 구성요건을 충족하는 범위에서는 모욕죄로 처벌된다는 점에서 개인의 명예보호에 보다 충실하고 있다. 처벌 독일은 명예훼손행위의 위법성조각사유를 구체화하고 있고 보충적으로 모욕죄 성립가능성을 명시하고 있어 죄형법정주의 관점에서 바람직한 입법이라고 한다(윤종행, 사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익 관련성, 형사정책 제18권 제1호, 296면).

37) 정성근/박광민, 형법각론, 2002, 삼지원, 196면 참조.

38) 오영근, 형법각론, 박영사, 2006, 226면.

가. 보호법익

현재 악성댓글의 내용이 특정인에 대한 사실이나 허위의 사실을 적시하는 경우에는 모욕죄보다 정보통신망법상의 명예훼손죄에 의하여 처벌받게 된다. 그러나 욕설과 같은 단순한 감정적 표출의 경우에는 형법상 모욕죄가 적용될 가능성이 있다. 문제는 앞의 판례에서 보았듯이 모욕죄의 경우 명예감정을 상하게 하는 경우에도 해당하기 때문에 모욕죄에 해당하는 표현들과 그렇지 않은 단순한 부정적 표현사이에 어떤 구별선을 긋는다는 것이 쉽지 않는데 있다. 그럼에도 불구하고 소위 악성으로 단정할 수 있는 대부분의 욕설 등이 모욕죄에 해당할 수 있다.

명예훼손과 모욕죄 모두 다수설과 판례³⁹⁾에 의하면 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가, 즉 '외적명예'만을 보호한다고 보고 있으므로 인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격가치 즉 '내적명예'는 타인에 의해 훼손된 성질의 것이 아니므로 보호대상에서 제외하고 있다. 다시 말해서 인격적 가치에 대한 자기 자신의 주관적인 평가 내지 감정으로서의 명예감정의 경우에도 그 가벌성이 피해자의 주관적인 감정에 의해 좌우될 수 있는 위험성 때문에 보호법익으로 삼기 어렵다는 입장이다.

이에 대하여 최근 외적명예만을 명예훼손죄에 관한 죄의 보호법익으로 이해하는 경우에는 내적명예를 제외시킨다는 점에서 법익의 보호영역이 부당하게 축소될 여지가 있으며, 다수설은 내적 명예가 외부로부터 침해될 성질의 것이 아니라 논거를 내세우는데 비방이나 욕설에 의해 어느 개인의 내적 명예가 양적으로 줄어드는 것은 아니지만(그 점에서 양적 변화를 가져오는 외적 명예와 구별된다) 명예 자체가 손상될 수는 있다는 점을 간과한 것으로 보고 있다. 왜냐하면 범죄자나 갓난아이나 장애인이든 비방이나 욕설을 한다면 인간으로서의 인격적 가치는 훼손되는 것을 이유로 들고 있다. 그렇기 때문에 인간의 존엄성에 근거한 내적 명예 역시 그 개념의 추상성 및 그 침해여부의 불명확성에도 불구하고 그 보호에 대한 사회적 합의가 있는 경우에는 외적 명예와 마찬가지로 명예훼손에 관한 죄의 보호법익내로 진입할 여지가 있다는 것이다. 다수설과 판례는 현행법이 공연성을 구성요건으로 규정하고 있는 것을 이유로 오로지 외적명예만을 보호법익이 된다는 논거를 들고 있으나 이는 외적 명예의 침해가 수반된 경우의 명예훼손, 즉 내적명예 및 외적명예가 침해된 경우 또는 외적명예만이 침해된 경우를 보호하겠다는 입법정책으로 해석할 수 있으며, 오로지 외적 명예만이 보호법익이라고 주장할 논거로는 부적절하다고 판단된다. 따라서 내적명예의 보호법익 가능

39) 박광민, 인터넷 명예훼손의 기본법리와 위법성 조각, 성균관법학 제15권 제2호, 153면; 박상기, 형법각론, 2008, 178면; 배중대, 형법각론, 2007, 265면; 이재상, 형법각론, 2007, 181면; 임웅, 형법각론, 2003, 192면; 대법원 1987. 5. 12, 87도739 판결; 대법원 1985. 10. 22, 85도1629 판결 등.

성 여부는 침해가능·불가능의 문제라기 보다는 오히려 보호범위를 어디까지 인정할 것인가에 관한 입법자의 결단의 문제로 보고 있다.⁴⁰⁾

독일학계의 태도는 시대에 따른 변화가능성 및 중요성을 고려할 때 규범적·사실적 명예개념을 지지하고 있다.⁴¹⁾ 규범적 명예라는 것은 내적 명예를 포괄할 뿐만 아니라 내적 명예를 구체화 또는 변형시킴으로써 명예보호에 관한 시대적 요청을 담아낸 다양한 장점들을 포용할 수 있다는 장점을 갖는다⁴²⁾고 하여 명예에는 인간의 내적가치와 타인으로부터 받는 좋은 평가가 있으며 전자는 독일형법 제185조의 모욕죄가, 후자는 동법 제186조 이하의 명예훼손죄 등이 보호한다고 본다. 결국 독일은 규범적·사실적 명예개념을 통하여 내적명예는 모욕죄로, 외적명예는 명예훼손죄로 구분하여 규범적으로 파악하고 있다.⁴³⁾ 그렇다면 독일형법 제14장의 모든 구성요건상 법익은 인간의 속성이자 인간존엄의 일부인 명예로 보기 때문에 내적명예의 범위가 상당히 넓어질 수 있기 때문에⁴⁴⁾ 규범적 명예라는 것은 가치판단의 문제이고, 진실성에 대한 입증책임은 피고인이 부담하게 되며,⁴⁵⁾ 이에 대한 판단은 법원이 결정해야 할 문제이다.

생각건대, 이러한 이론구성이라면 현재 인터넷 모욕죄는 규범적·사실적 명예개념에 따르면 당연히 제정되어야 한다. 어차피 내적명예는 규범화단계에서 평가하는 과정이기 때문에 평가문제는 법원의 탓으로 돌려야 하기 때문이다. 다시 말해서 명예보호의 중요성에 대한 사회적 합의가 지속되는 한 명예를 보호법익으로 삼고 있는 현행 형법규범은 그 정당성을 계속 획득할 수 있으며 사이버 모욕죄

40) 주승희, 인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토, 형사법연구 제25호, 2006년 여름호, 290면 이하.

41) Dreher/Troendle, StGB, 47. Aufl.(1995), §185 Rdn. 2; Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte(BT), 5. Aufl. S. 97; Herdegen, LK StGB, 10. Aufl., vor §185, Rdn. 6; Haft, Strafrecht B.T.(1988), S. 55; Hartung, ZStW 71, 387; BGH 11, 70.

42) 주승희, 사이버 명예훼손죄 법리의 문제점 및 사이버 모욕죄 도입의 정당성 검토, 2008년 한국형사정책연구원 추계학술회의, 184-185면 참조.

43) 현재 독일의 체제상 규범적·사실적 명예개념에 따라 내적명예를 보호하기 위해서는 모욕죄를, 외적명예를 보호하기 위해서는 명예훼손죄를 규정하고 있다. 특히 인간의 존엄성에 근거하여 인격체로서의 개인의 독자성을 마련해주기 위하여 다른 인격체와의 승인관계(Anerkennungsverhältnis)를 명예로 이해하는 견해(Wolff, Ehre und Beleidigung, ZStW 1969, 887면)는 명예를 일반적 인격권의 발현으로서 헌법적 관점에서 상호인격적 명예 개념으로 설명되기도 한다. 그러나 이러한 명예개념은 너무 불명확하여 인격권 침해의 모든 형태를 모욕죄로 이해할 수도 있다는 비판이 있다.

44) 독일에서 모욕이란 단어는 이중적 의미로 사용되고 있다고 하면서 넓은 의미로는 비상, 중상, 사자명예훼손 등을 포함하는 속개념으로, 좁은의미로는 §§185, 192, 193에서 사용되고 있는 본래 의미의 모욕이라고 한다(김상호, 독일의 형법상 모욕죄, 독일학연구 제12호, 동아대학교 독일학연구소, 1996, 125-126면 참조).

45) vgl. Lenkner, S-S StGB, § 186 Rdnr. 16 mwN.

도 마찬가지로 생각한다. 또한 인터넷의 특성상 당연히 공연성이 인정되지만 규범적·사실적 명예개념에 의하면 현행법이 공연성을 구성요건으로 규정하고 있는 것을 이유로 오로지 외적명예만을 보호법익이 된다는 논거를 들고 있는 점과는 상관없게 된다.⁴⁶⁾ 따라서 내적명예를 넓게 보호법익으로 한다는 논리에 의한다면 명예훼손행위죄든, 모욕죄든 굳이 공연성이라는 구성요건을 추가할 필요는 없게 된다. 그러나 외적명예만을 보호법익으로 한다면 명예훼손행위와 모욕행위는 공연성이라는 요소를 수반하게 된다. 결국 독일의 규범적·사실적 명예개념에 따르면 공연성은 모욕죄와 명예훼손죄의 불법가중요건 요소가 될 수 있다. 그러나 우리나라와 같이 외적명예개념에 따르면 공연성은 상관없이 사실의 적시유무에 따라 명예훼손죄와 모욕죄를 구별할 수 있게 되며, 불법가중요건 요소는 되지 않는다고 할 것이다.

따라서 보호법익으로 입법상 사이버 모욕죄를 규정한다면 규범적·사실적 명예개념에 따르면, 외적명예개념에 따르면 규정을 할 수 있지만 인터넷상의 특징인

46) 이에 독일은 제185조 모욕죄에서 공연성을 요건으로 하고 있지 않다. 따라서 단둘이 있는 상황에서 상대방을 모욕하더라도 본죄가 성립한다. 즉 상대방에 대한 직접적 모욕이나 제3자를 상대로 한 당사자 모욕이 모두 인정된다. 생각건대, 이렇게 규정한 것은 법체계와 연결된다. 왜냐하면 독일형법은 허위의 사실을 적시하거나 전파한 자는(명예훼손의 기본적 형태) 187조(Verleumdung: 중상)가 적용되지만, 진실인줄 알고 주장하였는데 허위로 밝혀진 경우, 이를 입증하지 못하면 제186조(Üble Nachrede: 비방)에 해당된다. 이때의 비방은 사실적시 이외의 평가를 포함하는 개념이므로, 결국 사실의 적시에 의한 명예훼손행위를 직접 규정한 것이 아니라 타인을 경멸하거나 세평을 저하시키기에 한 행위가 명예를 훼손할 만한 사실임을 입증하지 못한다면(진실한 사실이 아니라면) 모욕죄와 동일하게 처벌되는 것이고 다만, 사실의 적시가 있는 경우에 그 사실이 진실인 경우에는 명예훼손죄가 되지 않고 제192조 사실의 주장, 유포 또는 그러한 상황으로부터 모욕이 인정되는 경우에도 제185조에 의하여 모욕죄로 처벌하고 있다. 따라서 우리 형법 제307조 제1항에 해당하는 사실의 적시에 해당하는 경우가 독일형법에 의하면 모욕죄로 처벌되는 것이다. 따라서 진실한 사실의 적시는 타인을 모욕하지 않는 한 자유로운 표현의 자유로서 보장되어야 한다. 이에 진실한 사실의 적시가 명예훼손죄의 기본적 구성요건으로 정한 형법의 태도는 기본권적 차원에서 의문이 제기되는 입법론적 오류를 범하고 있다는 견해는 이정원, 명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계, 경남법학 제13호, 1996, 95-96면 참조.

그러므로 독일의 경우 공연성이라는 요건은 우리나라와 같이 사실의 적시에 의한 명예훼손죄와 모욕죄를 구별하는 것이 아닌 가중적 구성요건 요소가 된다. 결국 독일은 모욕과 사실의 적시에 의한 명예훼손과의 구별을 모욕죄의 범위안에서 규범적으로 파악하여(제190조에 의하면 유죄판결을 받은 경우에는 진실입증이고, 무죄판결을 받은 경우는 진실입증이 배제) 사실의 적시가 인정된다고 하더라도 모욕죄로 처벌하고 있다. 따라서 독일은 우리 형법상의 모욕죄를 감경된 명예훼손죄로 보는 것이 아니라, 진실한 사실에 대한 표현의 자유는 모욕죄에서 그 한계를 갖게 되며 규범적으로 사실의 적시행위가 사람의 명예를 훼손하는 범죄로 구성된다면 모욕죄의 범위 안에서 사실에 의한 명예훼손죄를 동일선상에서 보고 있는 것이 다르다 하겠다. 독일은 이때 제185조 제2문 행동(폭행)수반을 가중적 구성요건요소로 보고 있고, 제186조 제2문 공연성을 가중적 구성요건 요소로 보고 있으며, 제187조 또한 제2문 공연성을 가중적 구성요건 요소로 보고 있어 우리 형법과는 체계가 다르다고 할 수 있다. 따라서 이러한 맥락에서 규범적으로 볼 때, 특정인이든 불특정인든 다수인이든 상관없이 모욕죄에 해당하면 처벌하겠다는 뜻이 '모욕행위'라는 범문에 내포된 것으로 볼 수 있다.

공연성은 규범적·사실적 명예개념에 의하면 불법가중요소가 될 수 있으나, 외적 명예개념에 의하면 그렇지 않게 된다. 따라서 규범적·사실적 명예개념에 의한다면 사이버 모욕죄의 신설은 큰 의미를 가진다고 할 수 있겠지만, 외적명예개념에 의한다면 사이버 모욕죄는 신설할 의미가 적게 되므로 현행 형법으로 규정하는 것이 타당하다.

나. 반의사불벌죄

사이버 명예훼손은 형법상 명예훼손죄, 출판물등에 의한 명예훼손죄와 마찬가지로 반의사불벌죄에 해당되어 피해자의 고소가 없더라도 수사기관이 혐의를 입증하면 처벌할 수 있다.⁴⁷⁾ 그러나 현행 형법상 모욕죄는 친고죄로 당사자만 고소할 수 있는 한계가 있다. 만약 사이버 모욕죄를 현행 모욕죄의 친고죄규정에서 비친고죄로 규정하게 된다면 수사기관의 법집행이 가능해지는 심각한 문제점이 발생하게 된다. 이에 개정안은 사이버모욕죄를 피해자의 고소가 없어도 처벌할 수 있는 반의사불벌죄로 규정하기로 하였다. 따라서 당사자의 고소·고발없이도 수사와 처벌이 가능하게 되며 피해자가 느낀 모욕감의 정도와 무관하게 수사기관이 모욕여부를 자의적으로 판단하여 처벌할 가능성이 커지게 되는 점과⁴⁸⁾ 현행 형법이 모욕죄를 친고죄로 규정하고 있는 것과 비교해 보면 법체계상 문제가 있다.

친고죄는 범죄를 소추해서 일반인에게 알리는 것이 도리어 피해자에게 불이익을 줄 우려가 있고(피해자의 명예보호), 비교적 경미하고 주로 피해자 개인의 법익을 침해하는 범죄에 대해 굳이 피해자의 의사나 감정을 무시해가면서까지 처벌할 필요가 없다(피해법익의 경미성). 반면, 반의사불벌죄는 피해자에 대한 배상이나 당사자 사이의 개인적 차원에서 이루어지는 분쟁해결을 촉진하고 존중하려는 취지가 포함되어 있고,⁴⁹⁾ 국가기관이 수사와 공판을 독자적으로 진행할 수 있지만 피해자가 처벌을 원치 않는다면 명시적인 의사표시를 하는 경우에는 형사소추를 할 수 없다.⁵⁰⁾

국가형벌권이 투입되어야 한다면 친고죄와 반의사불벌죄가 비친고죄에 우선한

47) 이는 폭행죄나 협박죄 등 다른 범죄와 마찬가지로 국가형벌권의 발동을 피해자의 의사에 종속시켜도 괜찮을 만큼 법익침해가 경미하다는 판단에 기초한다는 견해로는 배종대, 형법총론, 2008, 148면.

48) 고려대 하태훈 교수는 사이버모욕죄가 반의사불벌죄인 한 수사기관의 편의적 잣대가 개입될 수 밖에 없으며 결국 표현의 자유 위축은 불가피하고 일반인이 아닌 정치·경제 권력을 보호하는 법적 장치로 남용될 것이라고 지적했다(한겨레신문, 2008년 11월 12일 기사).

49) 권문택, 형법학연구, 박영사, 1983, 377-384면 참조.

50) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2005, 83면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2006, 70면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2006, 98면; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2006, 72면.

다. 이는 사회적 분쟁에 대해 피해자와 가해자의 자율적 해결을 우선적으로 고려하는 친고죄와 반의사불벌죄가 그것을 전혀 허용하지 않는 비친고죄에 우선하는 것이 형법의 보충적 성질에 부합하기 때문이다. 그리고 친고죄와 반의사불벌죄의 형식으로 투입되어야 하는 경우에도 친고죄는 반의사불벌죄에 우선하여 적용된다. 친고죄는 수사 또는 소송을 개시·진행시키고자 하는 피해자의 적극적 의사를 필요로 하는데 반해, 반의사불벌죄는 피해자의 고소가 없더라도 일단 수사 또는 소송이 진행·발전될 수 있다는 점에서 국가형벌권의 발동시기가 친고죄에 비해 훨씬 앞당겨지고 그 결과 반의사불벌죄의 자율적 해결의 범위도 그 만큼 좁아지기 때문이다.⁵¹⁾

생각건대, 형법상 모욕죄는 경미한 범죄이고 이는 사회 유해성 또는 불법의 정도가 낮으므로, 피해자와 가해자의 자율적 해결에 의하도록 하여 친고죄로 규정한 것으로 볼 수 있다. 반면 국가형벌권을 발동시키려고 한다면 반의사불벌죄로 규정하는 것이 논리적인 순서일 것이다. 이러한 점을 감안했는지 독일은 제194조 제1항 제1문에서는 모욕죄를 절대적 친고죄로 규정하였지만, 제2문에서는 특별한 행위방식과 피해자의 특정한 속성에 비추어 반의사불벌죄로 규정한 것으로 볼 수 있다. 제2문에서 특별한 행위방식은 문서의 반포나 인터넷상의 게시행위 등과 같은 공연성을 수반하는 행위방식을 보이며, 피해자의 특정한 속성은 국가형벌권 발동과 관련이 있는 것으로 해석할 수 있다.

그렇다면 현행 형법개정안이 사이버 모욕죄를 반의사불벌죄로 규정한 것은 먼저 경미한 범죄가 아니고 사회 유해성 또는 불법의 정도가 낮지 않은 것으로 보았기 때문이고, 다음으로 국가형벌권 발동과 관련하여 일단 개시되고 성립한 수사 또는 소송의 진행 및 발전을 저지하려고 하는 소극적 효과의사를 반영하려 한 것으로 보인다. 전자의 경우는 불법의 양에 대한 문제로 연결될 수 있지만, 후자의 경우는 자칫 정치적 문제로 악용될 수 있다는 문제점이 있다는 점에서 비판이 가해지고 있다. 그러나 친고죄든 반의사불벌죄든 고소가 없는 상태, 피해자의 명시한 의사가 없는 상태에도 수사는 물론 공소제기도 가능하므로 친고죄로 규정하는 문제와 수사를 할 수 있는지의 문제는 별개의 논점으로, 수사나 단속의 효율성을 위하여 이러한 규정을 배제하자는 논거는 희박하다.⁵²⁾ 따라서 이러한 점을 감안하여 사이버 모욕죄의 결과불법성이 크지 않다면 현행 형법처럼 친고죄로 규정하는 것이 바람직하므로 법체계의 혼란을 가져올 필요는 없다고 보여진다.

51) 박달현, 보충성원칙과 친고죄의 본질, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001, 253면.

52) 양동철, 사이버폭력에 대한 입법방향 연구, 법조 통권 600호, 2006, 164면.

다. 결과불법성

현실공간에서의 모욕행위는 한정된 공간에서 행해지고 그 피해확산도 그다지 심하지 않기 때문에 가해자와 피해자간의 해결에 의하여 사건이 마무리되는 것이 보통이다. 이러한 이유로 모욕죄의 비범죄화를 주장하기도 한다. 마찬가지로 인터넷 댓글의 경우 최초 게시한 사람의 행위 불법 측면에서 보면 형법상 모욕죄와 다를 것이 없다. 그러나 인터넷상의 범죄행위는 단기간에 많은 사람들에게 급속도로 전파되어 엄청난 인격적 침해나 정신적 고통을 줄 수 있으며 한번 침해되면 회복하기도 쉽지 않다⁵³⁾는 특징을 가지고 있기에 인터넷을 수단으로 한 범죄행위유형 등은 법익침해의 정도가 크다고 판단할 수도 있다.⁵⁴⁾ 물론 그렇다고 모든 비방정보가 복제·확산되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 인터넷이라는 특성상 삭제되지 않은 정보가 언제 어디서 보여지고 어떻게 사용될지는 아무도 모르기 때문에 이러한 점에 결과불법성을 인정할 수도 있을 것이다(법익침해의 위험성). 이는 비단 명예훼손도 다르지 않다. 가령 인터넷을 이용한 명예훼손 행위 중에서도 일간지 못지 않는 구독율을 보이고 있는 인터넷 신문처럼 정보통신매체를 이용한 언론매체를 통한 명예훼손의 경우와 통상적인 경우를 구분하여 차등규율하는 것은 타당하며,⁵⁵⁾ 인터넷 신문에서 예상되는 공표로 인한 법익침해를 고려할 때 불법성이 증대한다고 이해할 수 있다.

그러나 문제는 타인에게 이유없이 또는 감정적으로 심하게 욕설을 가하는 등의 이른바 악플 등 모욕행위는 심한 경우 피해자에게 우울증 내지 자살을 동반하게 되는 현상을 야기할 수 있고, 사이버공간의 특성인 익명성에 의하여 사이버범죄자가 누구인지 특정하기가 매우 어렵고, 떠나르기에 의한 무수한 공범자들이 존재하므로 불특정 다수 대 개인이라는 상대적 박탈감 내지 심각한 정신적 공황을 야기하게 될 수도 있다. 이러한 현상을 과연 결과불법성과 연결시킬 수 있는가이다. 다시 말해서 사이버 모욕죄나 명예훼손죄는 인터넷의 특성과 결합할 때 불법의 가중정도를 높게 볼 수 있는가하는 문제이다.⁵⁶⁾

53) 정보통신망을 이용할 경우 공연성이 더 크기 때문에 법정형을 차별화하는 것은 타당하다라는 견해로는 박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008, 199면.

54) “사실적시의 방법으로 출판물 등을 이용하는 경우 그 성질상 다수인이 전문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 그 가중처벌의 이유가 있는 점에 비추어 보면(대법원 1998. 10. 9, 97도158 판결), 인터넷 명예훼손의 경우 높은 전파성은 인정되지만 신뢰성과 장기간의 보존가능성은 인정할 수 있을지 의문이며, 따라서 사이버 모욕죄의 경우도 마찬가지로 생각한다.

55) 박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008, 199면.

56) 미국 통계에 의하면 미국 남자의 14%, 여자의 20.4%가 사이버 폭력을 경험하였고 사이버폭력 피해자의 경우 일반인에 비해 자아존중도가 약 9%감소되고, 자살을 고려하는 비율도 9%증가 하였다(미국 cyberbullying, us. 2008 자료 참조).

생각건대, 이렇게 할 경우 악성댓글을 달았던 여러 사람의 행위가 모인 단체 책임을 최초로 글을 올린 개인의 탓으로 보게 되어 결과책임주의를 되살려 형법상 책임원칙에 반할 수 있다는 문제점이 있고, 이를 처벌하려고 하면 선별적 처벌이 되어 표적수사의 의혹을 받게 된다. 이러한 점을 고려하여 외적명예만을 법익으로 보호한다는 입장에 따르면 인터넷 게시판 등에 악플이 많이 달린다고 해서 악플대상자의 외적명예가 그만큼 많이 침해되었다고는 보기 어렵다(법익에 대한 현실적 침해). 왜냐하면 악플대상자의 외적명예가 침해된 것은 악플을 유발한 기사나 게시자의 게시행위로 인한 것이기 때문에 그 법적 책임은 게시자가 부담해야 할 것이며, 네티즌들의 악플다는 행위로 인하여 악플 대상자의 외적명예가 침해되었다고는 볼 수 없기 때문이다.⁵⁷⁾ 반면 규범적 명예는 인격의 중요한 가치로부터 도출되는 존중의 요구 또는 인간의 존엄성에 근거한 내면적인 인격적 가치를 보호한다. 따라서 인터넷 게시판 등에 악플을 다는 행위는 곧 타인의 인격적 가치의 존중 위반으로서 법익침해의 결과를 인정할 수 있으며, 일반 모욕죄에 비해 많은 수의 사람들이 이를 목격할 수 있다는 점에서 결과불법이 더욱 크다고 볼 수 있다. 즉 독일의 규범적·사실적 명예개념을 취할 경우 사이버모욕죄의 가중처벌이 정당화될 수 있다. 따라서 사이버모욕죄의 가중처벌의 필요성은 사이버 모욕죄의 불법이 오프라인에서의 불법보다 크다는 것을 전제로 해야 한다.

라. 법체계와 균형성

최근 정부는 사이버 모욕죄를 처벌하는 법률제정을 정보통신망법과 형법에 추진 중에 있다. 정보통신망법에 사이버 모욕죄를 신설하는 것과 관련해서는 정보통신망법 제70조와 형법 제307조 이하의 명예훼손에 관한 죄에서의 보호법익이 동일하다는 점에 비추어 형법상 명예훼손죄 규정이 있는데도 불구하고 정보통신망법에 사이버 명예훼손죄를 두고 있는 것과 같은 논리로 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 그러나 광범위한 공연성을 갖는 정보통신망을 이용하여 상대방을 모욕하거나 허위사실을 적시하여 사자의 명예를 훼손하는 행위는 동법에서 처벌대상이 되지 않는다. 그럼에도 불구하고 만일 모욕행위나 사자명예훼손행위에 대하여 형법규정을 적용할 경우 정보통신망을 이용한 명예훼손행위의 경우에 법정형이 높은 정보통신망법을 적용하는 것과 비교하면 균형이 맞지 않으므로, 입법적으로 형법상의 명예에 관한 죄를 현실에 맞도록 개정하여 사이버공간상에서도 이를 적용하도록

57) 주승희, 사이버 명예훼손죄 법리의 문제점 및 사이버 모욕죄 도입의 정당성 검토, 2008년 한국형사정책연구원 추계학술회의, 196-197면 참조.

58) 이에 대하여 입법론적으로 사이버모욕죄에 대한 가중처벌규정을 별도로 마련하는 것이 타당하다는 견해로는 정완, 사이버공간상 인권침해범죄에 대한 법제도적 통제방안 연구, 한국형사정책연구원, 2006, 75면 참조.

하는 것이 바람직하다.⁵⁹⁾

사이버 모욕죄를 형법에 신설하는 것과 관련⁶⁰⁾해서는 i) 우리 형법이 이미 출판물에 의한 명예훼손죄를 가중 처벌하는 규정을 두고 있음을 감안하여, ii) 사이버 모욕죄를 일반 모욕죄에 대한 가중 처벌조항으로 형법에 신설하는 것은 법체계상 의미가 있을 수도 있다.⁶¹⁾ 전자에 대해서 인터넷을 수단으로 한 정보통신망법상에 인터넷 명예훼손죄 규정을 둔 것이 형법상 출판물등에 의한 명예훼손죄와 같이 '기타 출판물'에 해당한다고 보지 않았기 때문이고 이러한 입법적 흠결⁶²⁾을 보완하고 인터넷을 수단으로 한 명예훼손행위가 출판물등에 의한 명예훼손보다 더욱 심각한 법익침해가 있음을 고려하여 신설한 논리라면 게시판 등에 악성 댓글을 다는 행위는 인터넷을 수단으로 게시판 등에 악성댓글을 다는 것 또한 '기타 출판물'에 해당하지 않기 때문에 정보통신망법에 사이버 모욕죄를 신설한다면 정보통신망법상의 명예훼손죄와 같은 맥락에서 규정을 해야 한다. 그리고 후자에 대해서 출판물에 의한 명예훼손죄를 가중처벌하고 있으므로 사이버 모욕죄를 일반 모욕죄에 비해 가중처벌할 수도 있다. 다만, 결과불법성이 명예훼손죄보다 크지 않다면 앞에 판례의 경우처럼 벌금형을 선고한 점에 비추어 벌금형을 높이는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁶³⁾

59) 박상기, 형법각론 제7판, 박영사, 2008, 199-200면 참조.

60) 형법은 명예훼손에 대하여 출판물을 이용한 명예훼손을 가중처벌하고 있으나, 모욕행위에 대해서는 출판물을 이용하는 경우를 상정하기 어려워 가중처벌규정을 두지 않고 있다.

61) 우리 형법은 명예훼손의 경우 307조 제1항에서 기본적 구성요건을 제2항에서 가중적 구성요건 두고 있으며 제309조 출판물등에 의한 명예훼손죄에서도 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항과 제307조 제2항의 죄를 범한 자를 규정하고 있다. 즉 제309조의 성격은 제307조에 비하여 출판물 등에 의한 '행위방법상의 특수성과 비방의 목적'으로 인하여 형이 가중되는 유형이다. 그렇다면 형법상 모욕죄도 같은 명예에 관한 죄에 규정하고 있고 모욕죄의 경우도 최근 인터넷을 수단으로 이루어지는 경우가 많이 발생하므로 인터넷(출판물)등에 의한 모욕죄를 신설할 수도 있다고 보여진다. 즉 "정보통신망을 이용하여 사람을 모욕한 자"라고 규정할 수 있다.

62) 임웅, 형법각론, 2004, 209면 참조. 또한 신문, 잡지, 라디오 기타 출판물에 의해 사실을 적시해야 하기 때문에 TV, 인터넷, PC통신 등에 의해 사실을 적시하는 경우에는 본죄가 성립할 수 없다. 이러한 매체들이 전파가능성이 더욱 크다 하더라도 이것들이 본죄에 포함된다고 해석하는 것은 피고인에게 유추해석으로서 허용될 수 없기 때문이다. 따라서 입법론적으로는 이러한 매체들을 추가해야 할 필요가 있기 때문에 정보통신망법 제61조에서 처벌규정을 두고 있다(오영근, 형법각론, 박영사, 2006, 221면).

63) 모욕죄의 경우 독일은 형법 제186조에 의하여 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고 있으며, 일본은 형법 제231조에 의하여 구류 또는 과료에 처하고 있으며, 오스트리아는 형법 제115조에 의하여 3월 이하의 자유형 또는 180일이하의 일수벌금형에 처하고 있다. 프랑스는 인터넷에 의한 모욕은 공연성이 있는 경우로 명시하여 언론의 자유에 관한 법률 제33조에 의하여 12,000유로 이하 벌금에 처하고 있으나, 이에 고려대 박경신 교수는 이 조항은 모욕죄 조항이 아니라 혐오죄 조항의 일종으로서 민족·인종·종교·성별·성적취향·장해 또는 원국적과 관련된 차별적

그렇다면 출판물은 인터넷의 수단으로 사용된 것이고 이는 곧 광범위한 공연성(확산성)을 의미하게 되고 이를 가중처벌한다는 입장⁶⁴⁾이라면 마찬가지로 사이버 모욕죄 또한 인터넷을 수단으로 하기 때문에 광범위한 공연성이 인정되어 이를 가중처벌한다는 입장을 밝힌 것으로 보인다.⁶⁵⁾ 이러한 논리는 인터넷에서의 폭력이 상당히 위험수위에 달하고 있다는 데에서 출발하므로 인터넷에서의 모욕을 현행 형법으로만 해결하기 어려운 법적 미비를 보완하기 위해서도 사이버 모욕죄의 입법을 고려하겠다는 것이며, 나아가 형법 개정안을 제출한 것은 형법의 일반예방의 효과를 고려할 때 특별법인 아닌 기본법인 형법에서 규율하고자 하는 것으로 보여진다.

생각건대, 법체계상에서 보면 일응 타당한 면도 없지 않다. 인터넷 명예훼손과 인터넷 모욕행위는 양자 모두 인터넷상의 광범위한 공연성, 즉 확산성을 가지고 있다는 점에서 보면 특별법인 정보통신망법상에 사이버 모욕죄의 신설규정을 두어야 한다. 그러나 균형성면에서 보면 형법의 본연적인 임무, 즉 명예훼손행위는 사실적시와 허위사실의 적시를 행위태양으로 담고 있으므로 이에 대한 과장이 큰 반면 모욕행위는 사실이 아닌 표현 내지는 감정의 경우에 지나지 않기 때문에 이러한 면에서 보면 과연 균형을 맞출 필요가 있는지 의구심이 든다.

마. 죄형법정주의

사이버 모욕죄의 신설과 관련하여 죄형법정주의 위반을 이유로 기존 형법상의 모욕죄의 규정을 개정 및 신설해야 한다는 견해⁶⁶⁾가 있다. 즉 현행 형법상의 모욕죄 규정은 오프라인상의 해결을 위해서 제정한 것이기 때문에 오늘날과 같은 사이버상의 행위에 대하여 대처하는데 한계가 있고, 사이버상의 법익침해가 오프라인상의 법익침해보다 더 크기 때문에 결과불법면에서 차이가 있다는 점을 근거로 하고 있다. 전자가 행위양태의 문제라면, 후자는 기본적 구성요건과 가중적 구성요건으로 나눌 필요가 있느냐의 문제로 보인다.

우선 전자는 유추적용금지의 원칙과 명확성의 원칙과 관련이 있다고 보여 지는데, 유추해석금지원칙과 관련해서 문제가 되는 것은 문언의 가능한 의미범위를

협오적 발언을 규제하는 것이라고 반론하고 있다(한겨레신문, 2008년 11월 20일 기사 참조).

64) 출판물등에 관한 명예훼손죄를 가중처벌하는 이유는 사실적시의 방법으로서의 출판물등의 이용이 그 성질상 다수인이 전문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는데 있다(대법원 2002. 2. 11, 99도3048 판결).

65) 독일의 경우 제185조에서 단순모욕행위와 모욕이 폭력에 의하여 이루어진 경우 가중처벌하고 있으며, 제186조에서는 공연성이 인정되는 행위에 대하여 가중처벌하고 있다. 따라서 공연성은 가중적 구성요건으로 볼 수 있다.

66) 정 완, 사이버범죄의 최근동향, 원인 및 대책, 한국형사정책연구원 추계학술회의 자료집, 2008년 11월, 120-121면 참조.

벗어나서 피고인에게 불리한 결과를 초래하기 때문에 죄형법정주의에 위배된다고 한다. 유추적용금지의 원칙은 형법 해석의 문제이다. 해석의 목적은 법문의 의미를 명확히 하고 경우에 따라 현재의 변화된 요청과 관념에 법률을 적용토록 하는데 있다. 형법 제311조는 ‘공연히 사람을 모욕한 자’로 되어 있다. 이 규정이 유추해석금지의 원칙에 반하는 이유로 ‘정보통신망을 이용하여’라는 구성요건이 없기 때문에 유추해석금지의 원칙 및 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 있다. 그러나 해석의 목적이 경우에 따라 현재의 변화된 요청과 관념에 법률을 적용하는데 있다면 충분히 현행 형법상 해석이 가능하기 때문에 유추해석금지의 원칙에 반하는 것은 아니라고 생각한다. 또한 문언의 가능한 의미 내의 한계선을 넘지 않는가의 문제는 ‘공연히’라는 구성요건안에 넓게는 정보통신망을 이용하는 행위까지 포함된다고 볼 수 있으므로 법의 흠결을 충전하는 것도 아니라고 보인다. 그리고 피고인에게 불리한 결과를 초래하기 때문에 죄형법정주의 위반이라고 하면서 가중적 구성요건을 신설하려는 것은 문제가 있어 보인다.

명확성의 원칙과 관련해서 문제가 되는 것은 형법이 의사결정규범·행위규범으로서 기능할 수 있도록 어떠한 행위가 금지되어 있는가를 국민에게 확실히 해 줄 수 있을 정도로 법문을 구체화할 필요가 있다는 점이다. 따라서 구성요건의 내용은 국민으로 하여금 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 있도록 구체적으로 명백하게 하여야 하며, 명확성을 판단하는 기준은 대체로 사회평균인이 무엇이 금지되어 있는지를 이해할 수 있는가에 따라 판단해야 한다. 그러나 앞에서 보았듯이 인터넷과 같은 정보통신매체가 구성요건화 되지 않았을 뿐, 공연히 사람을 모욕하지 말라는 것은 일반 사람들도 알 수 있으므로 명확성의 원칙위반은 아니라고 볼 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 입법에 요구되는 것이지만 특히 기본권을 제한하는 입법에 요구되는 입법이다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고 법집행당국의 자의적인 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다.⁶⁸⁾ 헌법 재판소도 “법률은 명확한 용어

67) 명확성의 원칙과 판단기준을 제시한 대법원 판례로는 “처벌법규의 입법목적이나 그 전체적인 내용, 구조 등을 살펴본다 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그 구성요건에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구되는 명확성의 원칙에 반하는 것은 아니다(대법원 2002. 7. 26, 2002도1855 판결). 대부분 현행 모욕죄 규정이 사이버상의 모욕죄를 규정하기 힘들고 명확성의 원칙 위반이라고 생각하는 것이 이 판례가 아닌가 생각한다. 왜냐하면 처벌 법규의 ‘입법 목적이나’만을 고려했을 때는 현행의 모욕죄 규정이 사이버상의 모욕행위까지는 예견하지 못하였기 때문에 명확성의 원칙에 위배된다고 보고 있기 때문이다. 그러나 판례는 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 명확성원칙 위반이 아니라고 판시하였기 때문에 입법목적이 크게 좌우하지는 못한다고 생각한다.

68) 헌재 1990. 4. 2, 89헌가113; 헌재 1996. 8. 29, 94헌가15; 헌재 1996. 11. 28, 96헌가15; 헌재 1998. 4. 30, 95헌가16 참조.

로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제 내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동 지침을 주어야 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다”⁶⁹⁾고 하여 명확성 원칙의 필요성에 대하여 강조하고 있다. 즉 명확성의 원칙은 수범자에게는 법이 규율하는 내용을 미리 알 수 있도록 하여 일상적인 생활에서 행동기준을 제공하고, 법집행자에게는 객관적인 판단기준을 주어 차별적이거나 자의적인 법의 해석과 집행을 방지하는 기능을 한다.

그렇다면 문제가 되는 것은 후자의 경우이다. 법익침해가 크기 때문에 가중적 불법구성요건을 규정해야 한다면 명확성의 원칙에 따라 범규범은 구성요건과 그 법적 효과에 관하여 규정해야 한다. 이는 수범자가 이해할 수 있어야 하며 법원에 의하여 자의적으로 해석되거나 집행되어지지 않을 정도로 최소한도의 명백성과 명확성⁷⁰⁾을 지녀야 한다.⁷¹⁾ 따라서 인터넷의 특성으로 인하여 결과불법성이 크다고 한다면 기본적 구성요건과 가중적 구성요건으로 나누어 규정할 필요는 있다. 이는 당해 범죄에 부과되는 형벌이 중하면 중할수록 구성요건은 더욱 세밀히 규정되어야 할 것이기 때문이다(명확성 정도에 있어서 비례성의 원칙⁷²⁾).⁷³⁾ 다시 말해서 형법 제311조의 모욕죄 규정을 제1항과 제2항으로 나누어서 제1항은 오프라인상의 기본적 구성요건을, 제2항은 정보통신망을 이용하여 공공연하게 타인을 모욕한 자로 개정하는 방안을 제시할 수는 있을 것이다.⁷⁴⁾

적정성의 원칙과 관련하여 사이버상에서 타인의 대한 욕설이나 명예훼손행위가 표현의 자유제한으로 연결하는 것과 형사입법권의 행사가 과연 과잉금지의 원칙에 위배될 수 있는가하는 점이다. 과잉금지의 원칙이란 형식적으로 적법한 절차를 거쳐서 제정된 법률을 통해서라도 범죄로 마땅히 처벌될 만한 행위만을 처벌해야 하고, 그 처벌의 양도 행위의 불법과 책임의 양에 상응하도록 정해야

69) 헌재 2003. 12. 18, 2001헌바91; 헌재 2000. 2. 24, 98헌바37; 헌재 2002. 7. 18, 2000헌바57 참조.

70) ‘명확함(bestimmt)’이란 ‘단순해서 명료’하다든가 ‘본질적이어서 명백’하다는 의미가 아니고, ‘내용이 치밀·자세함’ 내지 ‘정확히 윤곽지워짐(genauumrissen)’이라는 의미이다(임웅, 형법상 명확성의 원칙, 성균관법학 제19권 제1호, 2004, 각주1) 재인용.

71) Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Aufl., 2002, S.46.

72) 구성요건의 명확성의 정도는 모든 범죄에 있어서 동일하게 요구되는 것이 아니고, 개개 범죄에 부과되는 형벌과 비례해서, 또 개개 범죄의 보호법익과 비례에서 요구될 성질의 것이다(임웅, 형법상 명확성의 원칙, 성균관법학 제19권 제1호, 2004, 486면).

73) Albin Eser, Strafrecht I, 3. Aufl., 1980, S. 37.

74) 같은 의미로 사이버 명예훼손죄를 형법 제309조의 출판물등에 의한 명예훼손죄 규정에 편입하는 것이 좋다고 하여 현행 형법 제309조를 “사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지, 그 밖의 출판물이나 라디오, 티비 등 방송매체 및 정보통신망을 이용하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자...”로 개정하는 견해로는 도중진, 명예에 관한 죄의 정비방안, 형사법연구 제22호, 2004 겨울호, 741면 참조.

하며, 국가권력행사의 정도가 위반행위의 정도 내지 결과와 비례해야 하는 것을 내용으로 하는 비례성원칙의 세 가지 기준, 즉 적합성, 필요성, 균형성이라는 척도가 형사입법의 적정성여부를 심사하는 기준으로 사용될 수 있다.⁷⁵⁾ 모욕행위나 명예훼손행위는 이미 형법상 중요한 범죄행위의 일종이고 이를 헌법상이 표현의 자유와 인격권과 명예권을 비교형량했을 때, 명예권과 인격권이라는 측면이 크다고 판단된다면 문제는 없다. 그러나 처벌의 양이 행위불법과 책임의 양에 상응하지 않는데도 가중처벌한다면 이는 비례성원칙위반이 문제될 수 있다.

바. 소결

앞에서 살펴보았듯이 사이버 모욕죄의 신설방향의 주요 쟁점들을 살펴본 결과, 많은 문제점이 발견되었다. 사이버 모욕죄의 신설과 관련하여 보호법익, 결과 불법성, 균형성을 검토한 결과 사이버 모욕죄의 신설의미가 크지 않았다. 사이버 모욕죄를 가중적으로 처벌하려면 오프라인에서의 결과불법성보다 크다는 것을 전제로 하여야 하며, 균형성에서 보면 명예훼손행위는 사실적시와 허위사실의 적시를 행위태양으로 담고 있으므로 이에 대한 과장이 큰 반면 모욕행위는 사실이 아닌 표현 내지는 감정의 경우에 지나지 않기 때문에 과연 균형을 맞출 필요가 있는지도 의문이다. 또한 죄형법정주의를 검토한 결과 현행법으로 충분히 규제가 가능하다. 다만 사이버 모욕죄의 신설은 법체계상 의미가 있었고, 인터넷의 광범위한 전파성(확산성)으로 인하여 법익침해의 가중적 불법성을 인정한다면 명확성의 원칙에 따라 형법안에 오프라인과 온라인상으로 나누어 규정할 필요가 있으며, 법정형은 비례성의 원칙에 따라 명예훼손죄보다 높지 않게 규정하거나, 벌금형만을 높이는 방안을 강구할 수 있다. 나아가 친고죄든 반의사불벌죄든 고소가 없는 상태, 피해자의 명시한 의사가 없는 상태에서 수사는 물론 공소제기도 가능하므로 법체계상 친고죄로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러나 형법상의 최후 수단성의 원칙에 따라 다른 대안도 모색할 필요가 있다고 판단되므로 이하에서는 간략하게 정책적 대안을 모색해 보기로 한다.

4. 정책적 대안 모색

(1) 추적가능성 강화

인터넷 게시물 댓글의 절대 다수는 10대들이라는 점, 온라인상의 악플은 대상을 특정하지 않고, 사실을 적시 하지 않는 욕설 등을 포함하여 적용범위가 넓으

75) 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006, 64면 참조.

므로 일일이 모든 게시관상의 모욕행위를 찾아서 수사를 한다는 것 또한 힘들며, 설령 모욕행위를 찾았다 치더라도 이를 처벌하기는 쉽지 않을 것으로 보인다. 이러한 문제 때문에 형법상 또는 정보통신망법상 사이버 모욕죄의 신설문제는 현행 인터넷게시관 실명제를 통하여 어느 정도 극복할 수는 있다. 인터넷 실명제를 통하여 명예훼손이나 모욕, 협박 등 형사처벌이 가능한 일탈행위자를 추적할 수 있게 하고 이를 통해 범죄 예방효과를 이룰 수 있고 저속하거나 자극적 언어 사용, 불쾌감 조성과 같은 사이버 문화의 양태들은 개인의 실명 추적가능성을 고지함으로써 억제시킬 수 있다.

(2) 민사적 구제 방안 강구

최근 표현의 자유의 범위와 관련하여 미국법리를 수용하는 나라들이 많아짐에 따라 개인의 명예보호보다는 언론의 자유나 표현의 자유 쪽에 무게중심이 이동하게 되었으며, 아울러 형사적 제재보다는 민사적으로 해결하자는 쪽으로 역시 무게중심이 이동하고 있는 추세이다.⁷⁶⁾ 이에 입법론적으로 명예훼손죄나 모욕죄를 비범죄화하고 민사적 구제수단으로 단일화하자는 견해가 제시되기도 한다.⁷⁷⁾ 그러나 민사적 구제수단의 경우 소송비용 부담이 크고 소송기간도 장기간에 걸쳐서 진행되므로 그 사이 실추된 명예 및 손해를 온전히 회복하기는 쉽지 않다.⁷⁸⁾ 이처럼 미국내에서도 민사소송으로 단일화시킨 명예훼손의 법리가 개인의 명예보호측면에서 무용지물이고 오히려 언론의 명예훼손을 부추긴다는 비판이 제기되고 있다.⁷⁹⁾ 형법의 보장적 기능을 위해 인정되고 있는 여러 장치가 민사소

76) 이처럼 언론의 자유를 보다 중요시하는 미국의 판례와 사상적 흐름은 우리나라뿐만 아니라 여러 국가의 관련 법령의 해석 및 입법에 영향을 미치고 있다(자세한 것은 배금자, 공직자의 명예훼손소송과 그 법리, 언론중재, 2002년 여름호, 28면 이하 참조). 그러나 대다수 대륙법계 국가에서 모욕죄를 처벌하고 있고, 미국, 캐나다 등 영미법 국가에서도 날로 심각해져가는 청소년의 사이버 모욕행위를 사이버폭력(Cyber Bullying)의 한 형태로 처벌하고자 하는 다각적인 시도가 이루어지고 있다.

77) 신평, 새로운 명예훼손법 체계와 구축에 관한 시도, 공법연구 제31집 제3호, 2003년 3월호, 214면; 소성규, 명예훼손으로 인한 손해배상책임에 있어서 면책법리에 관한 연구, 민사법학 제18호, 577면.

78) 미국은 명예훼손으로 인한 손해배상청구사건에서 승소율이 매우 낮음에도 불구하고 기소율이 높다고 한다. 그 이유를 징벌적 손해배상의 인정을 통한 고액의 손해배상액에서 찾을 수도 있겠지만 근본적으로는 자신의 잃어버린 명예에 대한 회복 욕구가 강한테서 비롯된다고 한다 (Bezanson, Libel Law and the Press, New York, 1987, 154면 이하 참조).

79) 영미법에는 형사상 처벌규정은 없으나 민사상 intentional inflictions of emotional stress(IIED)를 통해 불법행위 책임을 인정하고 있다. 또한 펜실베이니아주 상원의원 제인 오리에(Jane Ori)가 연방 형법에 사이버폭력을 범죄화하는 법안을 제출하기도 하였고 여기에는 사이버 모욕이 포함되었으나, 이에 대하여 고려대 박경신 교수는 이 법안은 통과는 커녕 제출되었는지도 불분명하다

송에서는 작동할 수 없기 때문에 민사적 구제수단으로 개인의 명예가 충분히 보호될 수 없다면 이를 극복하기 위해서는 사이버 모욕죄와 같은 법제도 방안도 모색할 수 있으나 회복적 사법과 같은 피해자-가해자 조정을 통한 해결 방안도 하나의 대안이라고 생각한다. 이를 위해서는 정보통신망법 제44조의 10에 의거하여 출범한 명예훼손분쟁조정위원회의 역할이 크므로 당사자간의 합의와 해당정보의 삭제, 손해배상, 사과문 게재 등 그 역할에 따른 활동이 기대된다.

(3) 정보통신망법상의 문제점 보완

모욕성 댓글과 관련하여 정보통신망법에는 피해자가 인터넷 서비스 제공자에게 요청을 할 경우 삭제조치 등이 가능하나 서비스 제공자가 요청대로 삭제하지 않을 경우 별도의 강제이행수단이 없고,⁸⁰⁾ 정보통신망법상 모욕은 불법정보로 규정되어 있지 않아 방송통신위원회가 서비스 제공자에게 해당 정보의 취급거부·정지·제한명령이 불가능하다.⁸¹⁾ 따라서 이에 대한 법적 보완을 서둘러야 할 것이다.

(4) ISP의 책임강화

고 한다(한겨레신문 2008년 11월 20일 기사 참조).

80) 정보통신망법 제44조의 2(정보의 삭제요청 등) ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박 내용의 게재(이하 “삭제등”이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 당해 정보의 삭제등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보 게재자에게 통지하여야 한다.

⑥ 정보통신서비스제공자는 자산이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항의 규정에 따른 필요한 조치를 한 경우에는 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

81) 정보통신망법 제44조의7 제1항에 열거된 음란물, 명예훼손, 공포심이나 불안감 유발, 바이러스, 청소년 유해매체물, 사행행위, 국가기밀누설, 국가보안법상 금지행위 수행, 기타 범죄를 목적으로 하는 내용의 정보만을 불법정보로 규정하고 있다. 그렇다면 공연히 사람을 모욕하는 내용의 정보를 어떻게 할 것인가도 고려해야 한다. 현행 정보통신망법 제44조의7조 제1항 제2호는 불법정보의 유통금지등이라는 표제하에 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보라고 규정하고 있다. 따라서 공연히 사람을 모욕하는 내용의 정보를 정보통신망법 소정의 불법정보로 규정하여 방송통신위원회가 서비스 제공자에게 취급거부·정지 또는 제한조치가 가능하도록 할 필요가 있는지, 그리고 이 경우 민간기구인 방송통신심의위원회의 심의를 거치는 경우에만 취급거부 등 명령이 가능하므로 조치의 공정성과 객관성을 담보하기 위하여 “공연히 사람을 모욕하는 내용의 정보”를 불법정보로 포함할 것 인지도 문제된다.

인터넷을 수단으로 댓글을 다는 경우가 있다고 해도 욕설이나 비방 같은 댓글을 실시간 중재할 수만 있다면 이러한 문제는 생기지 않을 것이다. 이러한 중재자의 역할은 ISP일 것이다. 그러나 수많은 댓글을 모니터링한다는 것은 불가능하기 때문에, 이러한 인터넷 문화의 폐단을 막기 위하여 제한적 본인확인제를 실시하고 있지만 제한적 본인확인제의 실시만으로는 여전히 익명성이 어느 정도 보장되어 있기 때문에 직접적인 효과는 기대하기 어려울 것이다.⁸²⁾ 이에 대하여 ISP의 책임을 강화하는 방안과 상습적으로 사이버 폭력 등을 행한 자에 대하여 인터넷 서비스 이용제한을 행할 필요도 또 다른 대안이 될 수 있다.

5. 결론

형법상의 모욕행위는 당사자간에 행해지고 그 피해의 확산문제도 상대적으로 심각하지 않다. 그러나 사이버 공간상의 모욕은 피해의 신속한 전파성, 확산방지 곤란, 가해자의 익명성으로 인한 고소의 어려움 등 다른 새로운 특성을 가지고 있다. 이러한 특성으로 인해 사이버상의 모욕행위로 인한 피해는 자신도 모르는 사이에 확산되고, 그 피해가 자살에까지 이르게 할 정도로 중할 수도 있어 기존의 모욕죄보다 가중처벌할 필요가 있다고 한다. 또한 사이버상의 모욕행위는 인터넷이라는 매체를 배경으로 하고 피해의 중대성에 비추어 출판물에 의한 범행과 유사한 측면이 있어 출판물에 의한 명예훼손죄 및 사이버 명예훼손죄를 가중 처벌하고 있는 것과 균형을 맞출 필요도 있다. 그 외에 컴퓨터를 이용한 변조 화상 이용, 음란 동영상 이용, 퍼나르기식 등의 다양한 사이버 모욕행위의 특성에 대응하여 기존의 모욕죄 구성요건에 대한 수정도 검토된다는 전제하에 사이버 모욕죄의 신설을 주장하고 있다.

그러나 사이버 모욕죄를 법률적으로 도입한다면 먼저 보호법익과 피해법익 사이의 올바른 균형을 이루어야 하며, 무엇보다 인터넷의 특성에 대한 고려와 인터넷 상호작용에 따른 사회적 역할과 기능에 대한 고려 또한 생각해 보아야 한다. 현행 형법이 개인의 명예권을 보호하기 위하여 명예훼손죄와 모욕죄를 규정하고 있는 것은 타인과 더불어 사는 삶 속에서 타인을 자신과 동등한 인격체로 존중함이 마땅하고, 타인의 그릇된 행동을 보아도 다수의 사람들 앞에서 지적하고 모욕하여 상처를 주는 것은 비윤리적인 행위로서 지양되어야 할 것임은 보여준 것이다. 그러나 재산이나 생명, 외적 명예와 같은 법익의 침해가 수반되지 않는 단순한 인격존중윤리위반을 형벌로 처벌하는 것은 형법의 최후수단성원칙에 반하

82) 제한적 본인확인제의 문제점과 인터넷 게시판 댓글의 법적문제에 대해서는 윤해성, 제한적 본인 확인제에 따른 인터넷 게시판 댓글의 법적 문제, 정책연구 통권 157호, 2008년 여름호, 145면 이하 참조.

며, 그와 유사하게 타인의 인격을 존중하지 않은 모든 행위를 처벌대상으로 수용하지 않는 한 평등원칙에도 반할 수 있다. 따라서 사이버 모욕죄는 현행 형법 이론적 측면에서는 배제해야 하며 많은 문제점을 가지고 있는 것이 사실이다. 결국 사이버 모욕죄를 도입하려고 하면 실체법을 정비하여 가중처벌을 해야 되는 당위성을 극복해야 한다. 아울러 사이버 모욕죄를 도입한다면 이는 최소한의 규제에 그쳐야 하며 장기적으로는 인터넷 참여자들의 자발적인 정화작용을 통하여 건전한 인터넷 문화를 형성해야 할 것이다. 이를 위해서 인터넷에서 발생하는 모욕행위는 개인의 인격권과 표현의 자유를 비교형량하는데 발생하는 일종의 사회적 비용으로 판단하고 이를 법적규제의 수위를 높여서 짧은 기간 내에 해결하기 보다는 정책적·제도적 보완이 우선시 되어야 할 것이다.

인터넷모욕죄 신설방향에 대한 토론문

오 영 근 (한양대 법대교수)

인터넷모욕죄의 신설방안, 정확하게는 인터넷모욕죄의 가중처벌 내지는 처벌절차 완화를 주장하는 입장들은 다음과 같이 명예훼손이나 모욕과 같은 사이버폭력의 심각성을 강조한다.

첫째, 2006. 3. 국가청소년위원회의 조사결과 전국 청소년, 학부모, 교사 등 총 4,560명 중 73.6%가 사이버폭력에 불안감을 느끼고 있으며, 특히 고등학생중 84.7%가 사이버폭력에 불안감을 느낀다고 대답하였다고 할 정도로 사이버폭력이 심각하다.

둘째, 통상의 모욕이나 명예훼손은 당사자의 면전에서 행해지고 대부분 가해자와 피해자간의 문제로 마무리되지만, 인터넷 명예훼손이나 모욕은 이용하는 모든 사람들에게 알려지게 되어 그로 인한 인격권 침해나 명예훼손의 결과가 크고 회복이 불가능해진다. 미국 통계에 의하면 미국 남자의 14%, 여자의 20.4%가 사이버폭력을 경험하였고, 사이버폭력 피해자의 경우 일반인에 비해 자아존중도가 약 9% 감소되고, 자살을 고려하는 비율도 9% 증가한다(미국 cyberbullying. us. 2008. 자료).

셋째, 가해자를 확인하기 곤란하다.

넷째, 네티즌들은 본인 의사와 관계없이 피해자를 공격하는 폭력적인 언사에 그대로 노출되게 되고, 특히 어린이와 청소년에게 나쁜 영향을 끼치게 된다.

다섯째, 현재 사이버 공간은 건전한 의사소통을 저해하는 모욕성·명예훼손성 정보, 허위사실 유포, 반대의견에 대한 무차별한 인신공격과 막말이 난무하는 등으로 인해 건전한 토론이나 의견 제시가 불가능한 실정이다.

여섯째, 인터넷상의 악플은 피해자들의 자살로 이르게 하는 등 심각한 피해를 낳는다. 예를 들어 우리나라의 경우 유명가수나 연예인 또는 일반인들이 네티즌들의 악플로 인해 자살하는 경우가 발생하였다. 외국의 경우에도 2006년 캐나다의 13세 소녀가 교제를 하던 남자친구로부터 사이버상에서 언어폭력을 당한 후 자살하고, 2008. 3. 한 미국의 대기업 간부가 부하직원에게 보낸 질책성 이메일이 공개되면서 네티즌들의 악성 댓글에 시달리다 자살하였다.

그리고 인터넷모욕죄의 신설을 주장하는 입장에서는 현행 형법이나 정보통신망법상의 처벌규정으로는 위와 같이 심각한 사이버폭력을 대처하는 데에 불충분하

다고 하고, 그 근거로 다음과 같은 것을 들고 있다.

첫째, 기존의 모욕죄는 당사자 면전에서 모욕행위가 일어나는 경우를 주된 대상으로 하고 있고, 법정형도 그와 같은 상황을 전제로 정해져 있다. 예를 들어 형법은 출판물에 의한 모욕을 처벌하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 인터넷모욕은 ①신속한 전파성, ②확산방지 곤란, ③가해자의 익명성으로 인한 고소의 어려움 등이 전과는 다른 새로운 특성을 가지고 있기 때문에 가중처벌의 필요가 있고, 친고죄가 아닌 반의사불벌죄로 할 필요도 있다.

둘째, 인터넷모욕죄를 처벌하는 것이 세계적 추세이다.

그러나 위와 같이 인터넷모욕죄의 심각성과를 강조하는 입장의 과학적 근거는 그리 충분하다고 할 수 없다. 예를 들어 앞에서 제시한 국가청소년위원회의 조사에서 사이버폭력의 심각성을 좀더 정확하게 평가하기 위해서는 다른 폭력범죄나 기타 범죄에 대한 불안감을 조사하고 이것들을 비교해야 한다. 그러나 이러한 비교없이 사이버폭력의 심각성을 일방적으로 강조하고 있다. 유명 연예인들이 사이버폭력으로 인해 자살했다는 것도 지극히 소박하고 비과학적인 유추에 근거하고 있다. 사이버폭력과 자살 사이에는 상관관계를 인정하기도 쉽지 않은데, 나아가 인과관계까지 인정하기 위해서는 좀더 과학적인 검토가 필요하다. 행정권의 담당자들은 수많은 사이버폭력에 시달리면서도 자살하려고 하기 보다는 사이버폭력에 대한 규제강화로 대응하려고 하는 것에서도 사이버폭력과 연예인들의 자살 사이의 인과관계를 인정하려고 하는 것이 얼마나 비과학적인 주장인가를 알 수 있다.

인터넷모욕죄가 심각하다는 것은 사실이다. 그러나 인터넷모욕죄의 신설을 강조하는 입장은 인터넷범죄가 심각한 지경에 이른 원인을 정확하게 분석하지 못하고 있다. 왜냐하면 인터넷모욕이 심각한 이유를 현행법상의 처벌이 약하고 친고죄로 규정되어 있기 때문이라고 하기 때문이다.

표현의 자유도 무한한 것이 아니라 일정한 한계를 지니고 있고, 이러한 한계를 벗어난 명예훼손이나 모욕 등의 행위에 대해 법적 제재, 그 중에서도 가장 강력한 형사제재를 받게 된다. 즉, 형법 제311조는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 인터넷은 당연히 공연성이 있으므로 인터넷에 사람을 모욕하는 글을 올리는 경우에는 당연히 모욕죄가 성립한다. 형법은 모욕죄가 경미한 범죄라는 이유로 친고죄로 규정하고 있다(제312조 제1항).

형법이 한편으로는 사자에 대한 모욕죄를 인정하지 않고, 모욕죄를 친고죄로 규정한 것은 명예훼손죄보다 모욕죄의 처벌범위를 제한하고 있지만, 다른 한편으

로는 모욕죄에 대해서는 진실성과 공공성을 이유로 한 위법성조각을 인정하지 않는다는 점에서 명예훼손죄보다 처벌범위를 넓히고 있다.

그럼에도 불구하고 처벌을 강화하고 처벌절차를 완화해야 한다는 주장이 나오는 이유는 무엇일까?

먼저 정부가 인터넷모욕죄를 신설하려고 하는 것은 지난 봄에 있었던 미국산 쇠고기 반대집회에서 비롯되었다고 할 수 있다. 미국산 쇠고기 수입 반대 집회는 단순히 미국산 쇠고기 수입 반대를 넘어서서 행정권의 퇴진운동의 성격까지 띠게 되었고 대통령의 사과까지 이끌어 내었다. 이것이 인터넷에 의해 촉발되었다고 인식한 현정부는 인터넷에 대한 규제를 강화해야 할 필요성을 느끼게 되었다. 인터넷에 대한 규제의 강화는 한편으로는 인터넷명예훼손이나 인터넷모욕죄에 대한 가중처벌 내지 처벌절차의 완화, 다른 한편으로는 인터넷실명제의 도입 등의 방안으로 나타나게 되었다.

그러나 인터넷모욕죄가 심각한 이유는 현행법상의 처벌이 너무 가볍고 처벌절차가 엄격하게 때문이 아니라 현행법이 제대로 집행되고 있지 못하고 있기 때문이라고 해야 한다. 따라서 인터넷모욕죄를 예방하기 위해서는 현행법규정이 실효성을 가질 수 있도록 집행력을 높이는 것이다. 집행력을 높이지 않으면서 처벌을 강화하고 처벌절차를 완화하는 입법을 하는 것은 전근대적인 위하사상에 입각한 것으로서 이는 득보다는 실이 많게 된다. 이러한 입법들의 부작용을 우리는 가중처벌을 규정하였던 형사특별법에서 오랫동안 경험했다. 범죄예방효과를 높이기 위해서는 '입법은 관대하고 집행은 엄격하게'해야 한다는 고전적 이론은 인터넷모욕죄에도 그대로 적용되어야 한다.

사실 수범자인 국민의 입장에서 보면 다른 사람을 모욕하는 행위를 하면 1년 이하의 징역이나 200만원 이하의 벌금에 처해지기 때문에 모욕행위를 통한 감정의 만족보다 형벌의 고통이 훨씬 크다고 할 수 있다. 모욕죄가 친고죄라고 하더라도 피해자가 고소하지 않도록 하기 위해서는 피해자를 모욕함으로써 얻어지는 쾌감에 비해 훨씬 더 굴욕적인 사과를 하지 않으면 안된다. 여기에 민법상의 손해배상책임도 지게 된다. 이러한 의미에서 실체법적으로 보면 현행법상의 모욕죄 처벌이 모욕죄를 예방하기에는 너무 약하다고 할 수는 없을 것 같다.

따라서 인터넷모욕죄에 대한 합리적 대책은 현행법률에 의한 규제의 내용을 강화하는 것이 것이 아니라 현행법상의 규제의 실효성을 갖도록 하는 대책을 마련하는 것이다.

현행법의 실효성을 높이는 방법에는 여러 가지가 있을 수 있으나, 가장 쉽고도 시급한 대책은 인터넷모욕죄를 범한 경우 어떠한 법적 책임을 지는가에 대한 교

육을 하는 것이다. 특히 청소년들은 위법성의 인식없이 인터넷모욕죄를 범하는 경우가 많은데, 이들에게 인터넷모욕죄의 위법성과 그 법적 효과를 교육해야 한다. 이를 위해서는 초, 중, 고등학교의 법교육이 이러한 내용을 포함할 수 있도록 해야 한다. 다음으로 가해자에 대한 처벌절차를 완화할 것이 아니라 피해자들이 법적 구제를 받을 수 있는 절차를 완화해야 한다. 이를 위해서는 변호사의 도움을 받을 수 있는 기회를 확대해야 하지만, 현재 전국적으로 설치되어 있는 56개의 범죄피해자지원센터로 하여금 이러한 활동을 할 수 있도록 하는 유도·지원하는 방안도 단기적으로는 효과가 있을 것으로 보인다.

지정토론요지

김 정 선 (변호사)

1. 토론에 들어가며

산업화는 경제발달의 혜택을 주는 대신 환경오염 등의 부작용을 낳았고, 자동차와 같은 문명의 이기는 교통사고라는 치명적 위험을 안고 있다. 최첨단 과학기술의 결과인 인터넷은 시간과 공간의 제약을 벗어난 자유로운 커뮤니케이션과 정보의 전달로 우리 생활의 편의를 높이고 다수에게 의사표현의 기회를 제공하는 장점이 크지만, 그 역기능으로서 주로 익명의 게시판에서 행해지는 근거 없는 억측이나 허위사실의 유포, 사생활침해, 무절제한 욕설 및 비방, 마녀사냥 식 여론몰이 등으로 인한 인권침해가 속출하고 그 정도가 갈수록 심화되고 있어¹⁾ 사회문제화 되고 있다. 이러한 인터넷의 역기능으로 인한 인권침해를 방지하고자 하는 대책마련은 국민의 정부부터 계속되어왔다. 2001.1.16. 개정된 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법이라 함)에서 인터넷 명예훼손에 관한 벌칙조항²⁾을 신설하여 형법상의 명예훼손죄보다 가중 처벌하는 규정을 두었다. 그리고 2003년 3월부터 구 정보통신부 주관으로 인터넷 실명제에 관한 연구를 거쳐 인터넷 익명성을 악용한 사이버폭력 등을 방지하고자 사회적 영향력이 큰 대형포털 중심으로 제한적 본인 확인제를 도입하기로 결정한 후³⁾ 2007.1.26. 정보통신망 법 개정을 통해 관련조항을 신설하고 2007.7월부터 시행하고 있다. 그럼에도 불구하고 악성 댓글로 인한 문제는 해결되지 않았고, 최근 대중적 인기가 높은 최진실씨가 인터넷 악플로 우울증이 악화되어 자살에 이른 사건이 발생하자 건강한 인터넷 문화의 조성이 시급하다는 국민적 공감대가 형성되었다. 이 시점에서 사이버모욕죄의 신설과 인터넷 분쟁조정제도 개선을 주 내용으로 하는 정보통신망법 개정안이 한나라당 의원입법으로 발의되었다. 이 개정

1) 사이버경찰청 자료에 의하면 , 인터넷상 명예훼손 등 사이버폭력 건수는 2003년 4,991건에서 2007년 12,905건으로 증가함

2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제 61조

3) 방송통신위원회 내부자료(2008.6.19.)

안의 발의 상황이 이러하고 개정안의 취지가 법치주의 확립을 통한 개인의 인권 보호와 관련분쟁의 합리적 해결에 있음에도 불구하고, 사이버모욕죄의 반의사불벌죄 규정이 자칫 표현의 자유를 지나치게 제한하고 정치적으로 악용될 우려가 있다는 반론이 제기되면서 정치적 이슈로 변질되고 있는 느낌이다. 그러나 인터넷 댓글 문화의 정화가 필요하다는 점에 관하여 대부분의 국민들이 공감하고 있는 현 상황에서 정치적 입장차로 인한 소모적 논쟁보다는 실효성있고 합리적 해결방안에 관한 진지한 논의가 필요하다고 할 것이다.

2. 사이버 모욕죄의 신설 필요성여부

가. 사이버 모욕죄 신설에 관한 정보통신망법 개정이유

사이버모욕죄 신설과 관련한 정보통신망법 개정안 제안이유를 보면 ‘인터넷 상에서 행해지는 모욕행위는 그 피해의 확산속도가 빠르고 광범위하여 그로 인한 인격권의 침해 결과가 회복하기 어려운 상태에 이르는 경우가 많고, 사이버 공간의 특성인 익명성과 소위 퍼나르기 등으로 인하여 가해자가 누구인지 특정하기 어려워 범죄피해에 대한 신고나 고소가 어려운 등의 특성을 가지고 있음. 이러한 특수성으로 인해 기존의 형법상 모욕죄로는 대처가 어렵거나 불충분한 영역이 많아 인터넷상의 모욕행위에 대한 처벌을 강화하고 형법상 친고죄로 규정되어 있는 요건을 완화하고자 함’이라고 되어 있다.

나. 인터넷 모욕행위의 특성과 가중처벌의 당위성

인터넷을 통한 모욕행위도 형법상 모욕죄를 구성하므로 현행법으로도 처벌을 할 수 있다는 점에 대하여는 이론의 여지가 없다. 그러나 일반적인 모욕행위와 달리 인터넷이라는 매체를 이용한 모욕행위를 하는 소위 악플러들은 자신과 직접 관련이 없는 타인에게 이유 없이 또는 편협한 악의를 가지고 감정적으로 심하게 욕설을 가하는 등의 행동을 수시로 행한다는 특성이 있다. 네이버가 2006년 조사한 바에 의하면 네티즌의 0.06%만이 전체 댓글의 25%를 쏟아내면서 악성 댓글을 양산하고 있으며, 이들 악플러의 수는 750명에 불과하다고 한다⁴⁾. 따라서 이러한 상습적인 악플러들은 일반적인 모욕행위보다 강한 법적 규제를 필요로 한다고 볼 수 있다. 특히 사이버 공간에서 자행되는 개인의 인격을 짓밟는 모욕적인 댓글은 익명성의 뒤에 숨어 피해자의 감추고 싶은 약점이나 실수를 집중적

4) 김봉섭, 2007, [댓글의 함의와 역기능 해소방안], 한국정보문화진흥원

으로 공격하는 경향이 있어 피해자로 하여금 모든 사람이 자신을 손가락질 하는 느낌이 들게 하고 세상 자체에 대한 두려움과 불신에 빠지게 하여 우울증에 걸리거나 심하면 자살을 시도하게 만드는 심각한 부작용을 초래한다.

또한 인터넷 모욕행위는 불특정 다수에게 노출된 공간에서 한 개인의 인격이 훼손된다는 점에서 그 심각성이 크다. 1-2사람 앞에서 욕설을 듣는 것과 수백 명의 사람 앞에서 공개적으로 욕설을 듣는 것은 그 정신적 충격의 강도에 있어 차원이 다르다고 할 것이다. 하물며 인터넷은 전 국민이 다 볼 수도 있는 공간이다.

위와 같이 일반적인 모욕행위에 비해 인터넷 모욕행위의 해악의 정도를 고려할 때 인터넷 실명제가 실시되지 않는 상황에서 사이버모욕죄의 신설을 통한 가중처벌규정을 두는 것은 나름 당위성과 상징성이 있다고 본다.

다. 가중처벌의 정도 및 실효성 문제

형법상 모욕죄는 징역 1년 이하 또는 200만원 이하의 벌금형을 규정하고 있다⁵⁾. 그러나 모욕죄 자체가 사실상 사문화되어 가는 추세이며, 공소가 제기되더라도 대부분 소액의 벌금형에 처해지고 있고 실형이 선고되는 예는 거의 없는 것으로 알고 있다. 예를 들어 ‘통일의 꽃 임수경씨 9살 아들 필리핀서 익사’라는 제목의 조선일보 기사에 대하여 댓글을 쓴 네티즌 3명에 대한 모욕죄 판결을 보면, 그 댓글 내용이 사고로 자식을 잃은 어머니에게 차마 할 수 없는 욕설과 비방으로 되어 있어 모욕행위로서는 무척 죄질이 나쁘다고 할 수 있음에도 2명은 각 벌금형 100만원, 나머지 1명은 70만원을 선고받은 것으로 되어 있다. 사이버 모욕죄를 신설하여 법정 상한이 조금 올라간다 하더라도 법원의 실무상 양형기준이 현재에 비해 별로 달라질 것으로 보이지는 않는다. 따라서 사이버 모욕죄를 신설하여 법정 최고한도를 높인다고 하더라도 상징성은 있을지언정 그 실효성은 적을 것으로 보여진다.

따라서 사이버 모욕죄를 신설하여 가중처벌 규정을 두는 경우에도 모욕죄에 대해 실형선고보다는 벌금형이 선고되고 있음을 고려하여 징역형의 상한을 올릴 필요는 없고 벌금형의 상한을 1,000만원 정도로 증액하는 정도가 적당하다고 본다.

5) 일본의 경우에는 모욕죄의 형벌이 구료 또는 과료만 규정되어 있어 우리나라에 비해 가볍다.

법체계상으로는 사이버 명예훼손죄나 사이버 모욕죄 모두 형법에 규정되는 것이 타당하다고 보나, 사이버 명예훼손죄에 대한 벌칙조항이 정보통신망법에 있는 현 체제에서는 사이버 모욕죄에 대한 벌칙조항을 정보통신망법에 두는 것도 무방하다고 본다.

3. 반의사불벌죄의 타당성여부

사이버 모욕죄의 신설과 관련하여 더 논란이 되는 것은 반의사불벌죄 문제이다. 국가의 형벌권이 자의적으로 행사될 수 있고 정치적으로 악용될 수 있다는 점에 대한 우려 때문이다. 현재 명예훼손죄가 반의사불벌죄로 되어 있어도 국가의 형벌권이 자의적으로 행사된다는 비판은 없는 것으로 보아 사이버 모욕죄의 경우에도 위와 같은 우려는 기우로 끝날 가능성이 크다고 보여진다.

그러나 모욕죄는 구체적 사실의 적시를 요건으로 하는 명예훼손이나 기타 반의사불벌죄로 규정된 다른 유형의 범죄에 비해 피해법익이 경미한 것이 사실이다. 또한 인터넷 모욕죄의 대상이 되는 댓글의 대부분은 가벼운 욕설수준이고 비대면성으로 인하여 죄의식도 약하다. 따라서 고소 없이도 일단 국가가 형벌권을 발동하고 피해자의 처벌의사를 확인하여 공소권없음으로 처리하기에는 국가의 수사력 낭비가 크다고 할 수 있다.

그리고 인터넷 모욕행위는 대부분 글로 이루어지고 글의 표현 방식이나 표현의 수위에 따라 모욕행위에의 해당여부가 결정되는 특성이 있으므로 광범위한 국가형벌권의 개입은 표현의 자유와 부딪칠 수밖에 없으며 경우에 따라서는 불필요하게 정치적 논란에 휩싸일 수도 있게 된다. 그리고 수사기관의 의지만 있다면 친고죄로 규정해도 수사권 발동에는 아무런 문제가 없다. 따라서 인터넷 모욕죄의 반의사불벌죄화는 득보다 실이 크다고 생각된다.

4. 마치면서

결론적으로 건전한 인터넷 문화의 조성은 형사처벌규정의 강화로는 한계가 있고 익명성의 문제점 보완 등 다각적인 대책이 필요하다는 주제발표자의 견해에 동의한다. 다만, 사이버 모욕죄의 가중처벌 규정이 신설됨으로써 네티즌들에게 경각심을 불러일으킬 수 있으므로 입법의 효과는 있다고 본다. 점에서 주제발표자와는 다소 견해를 달리한다.

【제 4주제】

인터넷실명제의 법정책적 과제

발 표 : 정 준 현 (단국대 법대학장)

토 론 : 김 희 곤 (우석대 법학과 교수)

황 규 표 (변호사, 전북민변회장)

인터넷실명제의 법정책적 과제

정 준 현 (단국대 법대학장)

목 차

I. 처음에

II. 인터넷실명제와 찬반양론

1. 인터넷실명제
2. 인터넷실명제의 찬반양론
3. 법적 쟁점의 정리

III. 실명제를 둘러싼 법적 문제의 검토

1. 성명권과 행복추구권

2. 실명권과 사생활비밀권

3. 성명권의 법적 성질

4. 표현의 자유와 실명제

IV. 현행법제와 개선방향

1. 실명제의 핵으로서 주민등록번호
2. 대체수단으로서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 제한적 실명제

V. 맺는 말

I. 처음에

우리 법상 온라인 실명제는 2004년 3월 12일 개정법률 제7189호로 공포된 「공직선거 및 선거부정방지법(현행 “공직선거법”）」 제82조의 6에 규정된 개념으로, 인터넷 언론사의 게시관에 선거에 관한 의견을 게시하고자 할 때 의견 게시자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견을 게시할 수 있도록 하는 기술적 조치¹⁾로서 제17대 국회의원총선거에 대비해 익명성을 악용해 인터넷 공간에서 불법 선거운동을 하지 못하도록 하자

1) 2008년 2월29일에 개정된 법률 같은 조 제1항에서는 “행정안전부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 신용정보업자(이하 이 조에서 “신용정보업자”라 한다)가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치”를 취하도록 하고 제6항에서는 “인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다”고 하여 실명인증이 되지 아니하면 의견을 제시할 수 없도록 하는 기본적인 틀은 여전히 유지되고 있음을 알 수 있다.

는 취지에서 도입된 것으로 이를 어길 경우에는 1,000만원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다(제261조 제1항). 이러한 조치와 관련하여 인터넷 언론사 범위의 불명확성은 차치하고 익명에 의한 표현자유권에 대한 침해 및 주민등록정보의 노출에 따른 개인정보 내지 사생활침해의 가능성 등의 반론이 제기되기도 한다.

다른 한편, 현대 정보화기술은 새롭게 등장하는 다양한 미디어기기와 융합하여 방송과 통신의 구별을 곤란하게 할 뿐만 아니라 전자식별장치(RFID)를 통해 인간과 동·식물을 비롯한 모든 물건과도 전자적인 소통을 가능하게 하는 IT기술과 위치정보기술(Global Position System)의 결합에 힘입어 미래 고도정보사회는 언제·어디에서나 인간의 수요를 실시간으로 충족할 수 있는 “거침없이 원활한 전자적 소통사회”(seamless networking society) 내지 “유비쿼터스사회”(Ubiquitous society)²⁾로서 “사생활이 없는 사회”(Zero Privacy Society)³⁾에 대한 두려움⁴⁾과 공공적 내지 비공공적 수요에 대한 실시간의 충족을 매개하게 될 본인식별정보의 효용성 및 이를 기준으로 이루어진 개인별 데이터베이스를 통한 맞춤형서비스의 요구나 낭비없는 생산을 통한 자원분배의 최적화라는 기대 속에 고도정보사회에 합당한 본인확인제 내지 실명제에 대한 입법정책적 검토 또한 필요하다고 할 것이다.

II. 인터넷실명제와 찬반양론

1. 인터넷실명제

인터넷 실명제란 그 출생적 의미는 “홈페이지 게시판 등에 글을 쓰기 전에 본인 확인을 하는 제도”로서 2003년 초 종전의 정보통신부는 홈페이지 게시판에

2) USN사회로 진입하게 됨에 따라 “인간의 요구사항을 고도로 적용하는 환경”, “모든 이에게 가장 기본적인 서비스제공”, “어떤 콘텐츠, 기기, 포맷이라도 언제나 접속가능한 환경” 및 “스팸, 정크 메일, 해킹, 바이러스 등이 존재할 수 없는 환경(Digital Dystopia)” 등 4대 미래 인터넷 시나리오가 제시되기도 한다. Smart Internet Technology CRC, "Smart Internet 2010", 2005. 9.(한국전산원, “통계로 본 2010년 유비쿼터스사회 조망”, 2005.9.30. 5쪽에서 재인용).

3) “현대 고도정보사회에 있어서는 사생활에 대해 조의를 표하여야 하며, 카메라나 데이터베이스의 침해를 방지하기엔 너무 늦었다. 이미 쏟아진 물이다. 아무리 많은 입법이 행하여진다고 하더라도 입법으로 새로운 감시도구와 데이터 베이스를 제거할 수는 없다”고 한다. D.J. Solove, Marc Rotenberg, "Information Privacy Law", Aspen. 2002. p.507.

4) 바람난 남편이나 가출한 자녀를 찾기 위해 이들이 조난을 당했다고 허위로 신고할 경우 GPS를 작동해 이들의 위치를 파악하는 것이 개인 프라이버시 문제와 어떻게 상충될지 등에 대한 연구가 필요할 뿐 아니라 정치인이나 저명인사의 동선이 파악돼 엉뚱한 용도로 악용될 가능성에 대한 우려의 시각도 있다. 줄고, “位置認識 및 通信事實確認資料 등의 個人情報與否에 관한 小考”, 토지공법연구 제24집, 2004.12. 494쪽.

실명확인제를 도입한 뒤 모든 정부부처와 포털사이트로 확대하겠다고 밝힌 것에서 비롯하여) 현재 앞서 언급한 공직선거법 제82조의 6 이외에 2007년 1월 26일 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정법률」(법률 제8289호)에 의해 “제한적인 본인확인제도”로서 도입(법 제44조의5 및 제67조제1항제1호)된바, 그 구체적인 내용은 “국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관 등 공공기관 등과 정보통신서비스 유형별 일일평균 이용자수 10만 명 이상으로서 대통령령으로 정하는 일정 기준에 해당하는 정보통신서비스제공자가 게시판을 설치·운영하는 경우에는 게시판 이용자에 대한 본인확인을 위하여 필요한 조치를 취하도록 한다”는 것과 “정보통신서비스제공자가 본인확인을 위하여 필요한 조치를 취하지 않은 경우 정보통신부장관이 시정명령을 하도록 하고 정보통신서비스제공자가 이를 이행하지 않은 경우에는 과태료를 부과하도록 한다”는 것을 내용으로 하고 있다.

2. 인터넷실명제의 찬반양론과 그 논거

가. 인터넷 실명제 도입에 대한 찬반양론

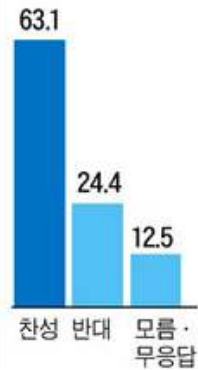
CBS가 여론조사 전문기관인 ‘리얼미터’에 의뢰하여 2008년 10월 인터넷 실명제 도입에 대한 여론조사를 실시한 결과 좌측의 <그림 1>에서 보는 바와 같이 전체 응답자의 63.1%가 인터넷 실명제를 도입해야 한다고 답하고 반대의견은 24.4%에 불과하였다고 한다. 특히 정당별 지지자에 대한 조사에서도 한나라당을 지지하는 층의 찬성이 70.5%로 가장 높았고, 민주노동당 63%, 자유선진당 61%, 민주당 59%, 창조한국당 58%, 진보신당 53%를 보여 조사자의 정치적 성향에 관계없이 인터넷실명제에 찬성하고 있음을 확인할 수 있다.

이러한 결과는 2007년 1월에 발표된 한국과학기술원(KAIST)이 발표한 “인터넷 실명제의 의식설문조사”⁷⁾에 의한 총 응답자 254명 중 66%인 165명이 찬성의사

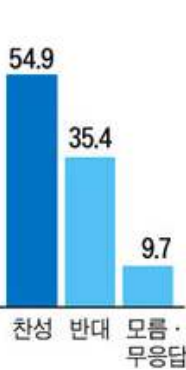
5) 진보네트워크센터, “인터넷실명제”에 따르면, 정보통신부는 ‘인터넷 익명성에 의한 역기능 연구반’을 운영하였으며, 2005년 10월 31일 포털 사이트에 한해서 제한적으로 실명제를 도입하겠다는 내용을 골자로 한 법안 초안을 공개/ 2006년 한나라당 이상배 의원 인터넷 실명제법 제정안, 정부발의 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’ 개정안(‘제한적 본인확인제’를 포함하고 있음) 국회 발의 / 2006년 11월 24일 국회 상임위 공청회 : 이은우 변호사, 한상희 교수 공술인으로 참석하여 인터넷 실명제에 대한 반대 의견 개진 / 2006년 11월 30일, 국회 과기정위를 통과하였으며, 12월 22일 국회 본회의 통과 / 12월 28일 : 진보네트워크센터, 정보통신부 앞 1인 시위 및 선전 / 2007년 4월 25일, 정보통신부 2007년 7월 27일 시행예정인 강제적 인터넷 실명제의 적용대상 정보통신서비스제공업자 통보 등의 절차를 거쳤다고 한다. <http://act.jinbo.net/wiki/index.php> 참조.

6) 출처 : http://www.chosun.com/site/data/html_dir/2008/10/10/2008101001764.html

인터넷 실명제 도입 견해 (%)



사이버 모욕죄 도입 견해 (%)



<그림 9>

를, 34%인 89명이 반대한 것으로 나타나 인터넷 실명제에 대하여는 다수가 동의하고 있음을 보여주고 있다.

나. 찬반양론의 논거

한국과학기술원의 조사결과에 의하면, 인터넷 실명제를 찬성하는 대부분은 사이버폭력방지(64%)를 들고 이어서 불법스팸게시물로 인한 불편함(18%)과 여론조작의 가능성(17%), 청소년 유해정보사이트 접근방지(1%)등을 들고 있으며, 반대하는 사람들은 개인정보 침해에 대한 우려(68%)를 가장 큰 이유로 실명제를 도입할 때

주도적인 역할과 책임의 소재를 정부나 포털업체 또는 언론사 어느 곳으로 정할지에 대한 혼란(19%), 특정계층의 인터넷을 이용한 여론참여 기회박탈(9%), 본인 인증과정에서의 불편(4%) 등이 제시되고 있다.

진보네트워킹센터 등 사회단체에서는 “인터넷 실명제 의무화 정책의 문제점”으로 ①인터넷의 역기능은 익명으로부터 발생하는 것이 아니라 비대면성에 의한 것이고, 악성 댓글을 다는 사람들은 전체 이용자의 극소수에 불과하며, 또한 악의적 댓글이라고 하더라도 모두 불법적인 표현인 것은 아니라는 점에서 “이용자 문제에 대한 잘못된 처방”이고, ②인터넷 실명제는 모든 국민을 허위정보 및 타인에 대한 비방을 유포하는 자라는 사전적인 예단을 전제로 하는 것으로, 명백한 사전검열에 해당하며 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하여, 세계인권선언 제19조와 헌법 제21조의 표현의 자유에 반한다는 점에서 “표현의 자유에 대한 과도한 규제”이며, ③포털은 주민등록번호, 주소, 연락처 등 기본적인 개인정보 뿐만 아니라, 이메일 내역, 게시판 글쓰기 내역, 전자상거래 내역 등 포털 내에서 이용자들의 모든 이용 기록 들을 보관하고 있다는 것은 상식이다. 따라서 이용자에 대한 매우 민감한 정보들을 보유하고 있으며, 이 정보들이 본인 확인과 결합한다면 개인 프라이버시에 치명적인 위협이 될 것이라는 점에서는 “프라이버시 침해” 등을 실명제반대의 논거로 제시하고 있다.⁸⁾

7) 출처 : http://www.dt.co.kr/contents.htm?article1_no=2007010902010731727005

8) http://act.jinbo.net/wiki/index.php/%EC%9D%B8%ED%84%B0%EB%84%B7_%EC%8B%A4%EB%AA%85%EC%A0%9C <2008.11.18. 접속>.

그밖에 「인터넷선거실명제 폐지 공동대책위원회」⁹⁾도 “①인터넷 실명제는 익명표현의 자유를 침해한다. ②인터넷실명제는 국민의 정치참여를 가로막는다. ③인터넷실명제는 광범위하게 주민등록번호를 수집하고 사용하게 하여 이의 오남용을 낳는다”는 등의 이유로 반대하고 있는바, 기본적으로는 표현의 자유와 사생활권의 보호의 문제가 실명제 반대의 핵심논거를 이루고 있음을 알 수 있다.

3. 법적 쟁점의 정리

앞에서 살펴본 바와 같이 실명제를 반대하는 논거는 주로 표현자유에 대한 침해와 프라이버시에 대한 침해가 그 근간을 이루고 있음을 볼 수 있다. 그러나, 현실공간이든 가상공간이든 개인이 정치적 비판을 포함하여 사적 효용을 극대화하는 활동함에 있어 자신의 실명을 사용함으로써 자신을 노출시킬 것인지 아니면, 익명을 사용하여 자신을 숨길 것인지는 자신의 선택의 문제이고 그 점에서는 기본적으로 헌법이 보장하는 행복추구권과 사생활의 자유권에 직결되는 문제임을 알 수 있다.

다음으로 앞에서 제시된 바와 같이 익명은 사람들에게 실명보다는 보다 자유로움과 대담함을 준다는 점에서 실명제는 자유민주질서의 근간을 이루는 표현자유권에 대한 제한의 문제로서 검토되어야 할 것임을 인정할 수 있다.

그리고, 사생활권의 문제로 거론되는 원하던 원하지 않은 능동적 또는 수동적으로 개인별 데이터가 수집·저장될 수밖에 없는 고도지식정보화사회의 특성상 막기보다는 개인효용의 극대화와 한정된 자원의 최적활용이라는 관점에서 개인별 데이터를 가능하게 하는 실명제의 긍정적 활용가치로서 실명제의 법적 성질을 더불어 검토해볼 필요가 있다.

Ⅲ. 실명제를 둘러싼 법적 문제의 검토

1. 성명권과 행복추구권

헌법 제10조가 보장하는 행복추구권은 구체적으로 많은 기본권을 내포하고 있는 일반적 행동자유권에 속하는 것으로, 이러한 행복추구권에 근거하여 누구든 - 그가 설사 아동과 청소년이라고 할지라도¹⁰⁾ - 독자적 인격체로서 자신의 선

9) http://freeinternet.or.kr/webbs/view.php?board=noreal_1&id=12&page=1

10) 아동과 청소년은 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다. 따라서 헌법이 보장하는 인간의 존엄성 및 행복추구권은 국가의 교육권한과 부모의 교

택에 따라 인터넷상 실명을 사용하여 자신을 드러내거나 익명을 사용하여 자신을 드러내지 않고 일반적으로 행동할 수 있는 기본권을 갖는다고 할 수 있다.¹¹⁾ 그러나 이와 같이 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있어 최대한 존중되어야 하는 일반적 행동의 자유로서 익명권도 헌법 제37조제2항에 따라 제한될 수 있음은 물론이다.¹²⁾

그렇다고 하더라도 인터넷이 갖는 개인정보의 오·남용가능성과 정보약자의 상존성을 감안할 때 개인에 대해 실명제에 의한 일반적 행동을 전면적이고 일반적으로 강제하는 것은 비례원칙 내지 평등원칙에 반할뿐만 아니라 인터넷의 도움없이 살 행복추구권에 대한 본질침해로 허용되지 아니한다고 할 것이다.

2. 실명권과 사생활비밀권

사생활비밀권이라 함은 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고 사생활의 형성과 전개를 방해받지 아니하며 자신의 사적 영역을 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 내지 “사적 문제의 공개를 회피할 개인적 이익”¹³⁾을 의미하는바, 인터넷 사용자는 사적 활동의 공개 및 개인 데이터베이스에 대한 출입문의 역할을 하는 자신의 실명을 노출시키지 아니할 사생활비밀권으로서의 익명권을 갖는 것은 당연하다고 할 것이다. 이를 달리 표현하자면, 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고 사생활의 형성과 전개를 방해받지 아니하며 자신의 정보를 스스로 관리·통제할 수 있는 정보자기결정권¹⁴⁾의 관점에서는 자신의 실재를 나타내게 되는

육권의 범주 내에서 아동에게도 자신의 교육환경에 관하여 스스로 결정할 권리, 그리고 자유롭게 문화를 향유할 권리를 부여한다고 할 것이다(헌법재판소 2004.5.27. 선고 2003헌가1,2004헌가4(병합)).

11) 성낙인, “헌법학”, 법문사, 2007, 332쪽 ; 김철수, 헌법학개론, 박영사 2007, 494쪽 ; 우리 헌법재판소는 자의적인 기소유예처분, 동성동본자의 금혼, 기부금품의 모집허가, 경조사 기간 중의 집대행위금지 등은 일반적 행동자유권침해로 위헌이라고 판시한 바 있다.

12) 참고판례 : 우리나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 뛰어난 기업인으로서 이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다고 볼 수 있는 경우 그 사람은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 하고, 그 사람을 모델로 하여 쓰여진 평전의 표지 및 그 신문광고에 사진을 사용하거나 성명을 표기하는 것, 그 내용에 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 그 사람의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다(서울지법 1995. 9. 27. 자 95카합3438)

13) 1977년 Whalen v.Roe 사건(429 U.S. 589)에서 인정된 판례라고 한다. 이희운, “개인정보자기결정권의 침해에 관한 연구”, 연세법학연구 2003, 281쪽

14) 정보자기결정권의 헌법적 근거에 대하여는 헌법 제10조에 의해 직접적으로 보장된다고 하면서도 간접적으로 제16조, 제17조, 제18조에 의해서 보장된다는 견해(백윤철, “헌법상 개인정보자기

이름이나 주민등록번호 등의 식별자의 사용을 강제받지 아니할 권리를 갖는다고 할 것이다.

그러나, 정보주체가 실시간 수요를 원한다고 한다면, Zero-Privacy를 속성으로 하는 고도지식정보사회의 사회적 제약 내지 공개에 대한 수인으로서 대체적 식별수단과 같이 본인식별이 용이하지 아니한 식별자의 사용은 사생활의 비밀이 침해되지 아니하는 범위에서 그 사용을 강제한다고 하더라도 위법의 문제는 야기하지 아니한다고 할 것이다.

3. 성명권의 법적 성질

우리 법상 인격권을 명문으로 규정하고 있는 예는 없고 인격권의 의미에 대하여도 다의적이지만¹⁵⁾ 주로 생명·신체·건강 등의 신체적 측면과 성명·명예·초상·사생활비밀 등 정신적 속성의 보호이익으로서¹⁶⁾, 그 자유로운 발전을 위하여 제3자에 의한 침해에 대해 보호되어야 할 이익의 총체라고 할 수 있다. 그런데 성명·명예·초상·사생활비밀 등 인격적 이익을 이루는 이들 개별적 보호법익에 대한 침해는 주로 타인이 제3자에 향하여 전파한 정보 또는 본인에 대해 발하여진 정보에 의하여 야기된다. 그러한 점에서 개인의 실명을 비롯한 생활습관이나 병력, 기호 등 개인에 관련된 모든 정보는 일차적으로는 해당 개인의 일신전속적 재료로서 정보주체의 자기결정권의 지배를 받게 된다고 할 것이지만, 정보주체가 자산적 가치로서 자신의 개인정보를 사용하였다면, 그 사용목적에 반하지 아니하는 범위에서는 재산권으로서의 속성(인격적 재산권)을 갖게 되는 것으로 보아야 할 것이다.

판례도 “헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권은 사회통

결정권에 관한 연구”, 법조 2002.5. 179쪽), 개인정보자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀 및 자유조항에 의해 직접적으로 보장된다고 하면서도 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 헌법 전문, 제4조와 제8조의 민주적 기본질서규정이 이를 보완하고 있다고 하는 견해(성낙인 외, “개인정보보호를 위한 정책방안 연구”, 정보통신부 1999, 23-31쪽)와 개인정보자기결정권을 자유로운 인격성의 보장을 위한 측면과 권력통제권이라는 정치적 권리로서의 성격을 가지는 복합적인 권리로 파악하여 전자의 측면은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 찾을 수 있고 후자의 측면은 국민주권주의 원리와 민주주의 원리에서 찾을 수 있다는 견해(김종철, “헌법적 기본권으로서 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론”, 인터넷법률 2001.1. 43쪽; 김용섭, “정보공개와 개인정보보호의 충돌과 조화”, 공법연구 2001.5. 179-180쪽)로 갈라진다.

15) 金炯坤, 자연법이론의 기본적 인권에의 수용에 관한 연구, 경남대 박사학위논문, 1990, 126면.; 洪春義, 인격권의 보호에 관한 연구, 전북대박사학위논문, 1990, 9면; 星野英一, 私法における人間, 基本法學(1), 岩波書店, 1983年 참조.

16) 19세기의 프랑스·독일 등의 근대 민법전은 인격권을 명시적으로 인정하지 않았고 1907년 스위스 민법 제28조에서 처음으로 명시적으로 인정하였다. 학설로는 19세기말 독일에서 주장되고 제2차세계대전 후 판례를 통하여 일반적으로 승인되었다.

념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이 함부로 사용, 공표되지 않을 권리, 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 포함한다고 할 것이고, 유명인의 성명이나 초상을 사용하여 선전하거나 성명이나 초상을 상품에 부착하는 경우 유명인의 성명이 상품의 판매촉진에 기여하는 효과가 발생할 것인데 이러한 효과는 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치로서 파악할 수 있는바, 유명인의 허락을 받지 아니하고 그의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 성명권 중 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다”¹⁷⁾고 하여 이러한 입장을 뒷받침하고 있다.

4. 표현의 자유와 실명제

자신의 신원에 대한 모든 사실들을 다른 사람이 알고 있다는 부담없이 자신의 생각을 표현할 수 있다는 것은 열린 커뮤니케이션과 왕성한 토론을 촉진시킬 수 있다는 지적이나 익명의 표현의 자유는 특히 업악적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 그 빛을 발하게 된다는 지적¹⁸⁾과 같이 실명제는 표현의 자유에 대해 대립적인 성질을 갖고 있음을 알 수 있다. 더 나아가 인터넷상 명예훼손 소송과 관련하여 익명권을 인정한 바 있는 *Melvin v. Doe* 및 *Dendrite v. Doe* 사건에서 미국 법원은 명예훼손에 대한 충분한 혐의가 인정되지 않고 단순히 피고의 신원을 확인하기 위하여 명예훼손 소송을 제기한 것으로 인정되는 경우에는 피고의 익명권 보장이라는 차원에서 원고의 주장을 기각하여 익명권을 보장하지 않을 경우 인터넷상의 자유로운 표현활동이 저해될 우려가 있다는 이유로 “익명권”을 헌법이 보장하는 표현의 자유에 포함되는 권리로 파악하는 입장도 있다.¹⁹⁾

이와 관련하여 우리 판례²⁰⁾는 익명권이 표현의 자유의 일부에 포함되는 것으로

17) 서울중앙지법 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결 참조.

18) 정재환, “사이버공간상 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 헌법재판소, 2002.12. 73-74쪽 참조.

19) “The Year in Technology Law”, <http://www.lawnb.com/main/main.asp> ; 익명의 인터넷 표현에 헌법적 차원의 보호가 주어져 있다고도 한다. 이인호, “익명 표현의 헌법적 문제”, 로앤비, <http://www.lawnb.com>. 2003. 3.

20) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다53387 판결.

로 보고 있는지는 명백하지 아니하나 “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 특히 공직자의 도덕성·청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안하면, 이러한 감시와 비판기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”고 하여 공적 영역에 있어서 표현의 자유와 명예보호의 한계는 익명여부가 아닌 1964년 뉴욕 타임즈 대 설리반 사건에서 미국 연방대법원이 제시한 “現實的 惡意原則(actual malice rule)”에 초점을 두고 있음을 알 수 있다.²¹⁾

IV. 현행법제와 개선방향

1. 실명제의 핵으로서 주민등록번호

현실공간에 있어서 본인확인수단은 공적 증명력이 있는 주민등록법에 의한 주민등록증이 본인확인수단으로서²²⁾ 사적 영역 및 공적 영역에서 사용되고 있고 판례는 최소한의 공적증명력이 있는 운전면허증과 같은 공문서에 대해서만²³⁾ 주민등록증을 대체할 수 있는 본인확인수단성을 인정하고 있다. 주민등록증에 기재된 유일불가변의 식별정보인 주민번호가 갖는 이러한 본인확인수단 기능은 비

21) “公인이 명예훼손소송에서 이기기 위해서는 그 내용이 허위임을 알았거나 허위인지의 여부를 무분별하게 무시하고 사실을 공표하였음을 입증하여야 한다”는 법리로서 대법원은 우리나라와 미국과의 문화적, 법제도적 차이를 고려하여 이 법리를 받아들이지는 않고 있으나, 최근 공인의 정치적 이념에 관한 의혹 제기에 있어서는 진실에 부합하는지 또는 진실하다고 믿을만한 상당한 이유에 대한 입증의 부담을 완화하여야 하고(2002.1.22. 2000다37534) 공직자의 업무처리의 정당성이나 도덕성에 관한 것은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 명예훼손이 인정되어서는 아니된다고 판시하는 등(2003.7.22. 2002다62494; 2003.9.2. 2002다63558) 공인에 대한 비판의 허용폭을 확대하고 있다(법률신문 제3207호, 2003. 10. 2. 참조); 이 재진, “인격권과 표현의 자유의 충돌과 조화”, 3쪽.

22) 주민등록법 제17조의9 참조.

23) 판례는 피검자의 주민등록번호 등 인적 사항이 기대되어 있다고 하더라도 건강진단결과서는 주민등록증에 유사한 정도로 연령에 관한 공적 증명력이 있는 증거라고 볼 수 없다고 하고(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도2425 판결), 운전면허의 경우에는 주민등록증과 대등한 신분증서로 활용됨을 전제로 제3자로부터 신분확인을 위하여 신분증명서의 제시를 요구받고 다른 사람의 운전면허를 제시한 행위는 그 사용목적에 따른 행사로서 공문서부정행사죄에 해당한다고 판시(대법원 2001. 4.19. 선고 2000도1935 전원합의체)하고 있다.

대면성을 특징으로 하는 인터넷이용관계에 있어서도 매우 유용하다. 즉, 인터넷 이용관계에서도 계약의 성립을 위한 경우 또는 인터넷상의 각종 유해정보로부터 청소년을 보호하기 위한 차원에서 성년인증을 요하는 경우에 주민번호가 유용한 역할을 수행하게 되는 것이다.

그러나, 인터넷으로 주민번호만을 확인하는 것으로는 현실공간에서처럼 공격 증명력을 가진 주민등록증의 사진을 통해 본인여부를 종국적으로 확인하는 것과 같은 실효성을 꾀할 수 없다는 한계점을 남기게 된다. 그러한 이유로 금융거래의 경우에는 현실공간에서의 검증을 거쳐 주민등록번호를 토대로 하여 작성되는 본인인증키²⁴⁾를 통해 인터넷의 비대면성을 극복하고 있다.

이처럼 본인인증키와 더불어 인터넷상 주민등록번호는 현실공간의 한계극복을 위한 본인식별정보로서 유용²⁵⁾하게 통용되고 있는 결과,²⁶⁾ 주민등록번호에 대한 침해사고²⁷⁾는 아래의 <표 3>에서 보는 바와 같이 2006년 상반기와 7·8월의 합계가 159,176건 등에 이르는 등 매우 심각한 양태를 보여주고 있다.

24) 개인인증키는 온라인상 기존의 인덱스체계인 주민등록번호를 포괄적으로 대체하는 별도의 실명인증키 또는 본인인증키를 의미하는 것으로 대체로 출생연도, 성별정보, 실명인증키와 유효성코드 등으로 구성된다. 한국신용정보, “개인인증키를 이용한 주민번호 활용제한”, 인터넷상의 주민번호 대체수단 정책위크샷(2005.7.28.), 162-163쪽 참조.

25) 예컨대, 본인확인이 되지 아니하여 개인정보의 변경에 대한 통지를 해태하면 경우에 따라서는 손해배상의 책임을 질 수도 있다는 등의 이유로도 주민번호 등이 요구되기도 한다. 참고판례: 금융기관의 신용불량정보 등록으로 인하여 개인에게 미치는 파급효과를 고려하면 신용불량정보 등록시 「금융기관의 신용정보교환 및 관리규약」 제11조 소정의 거래처에 대한 신용불량정보 등록 사실의 통지규정은 준수되어야 하고, 만약 금융기관이 위와 같은 통지규정에 위반하여 신용불량자로 등록된 자로 하여금 잘못된 신용정보의 정정 등을 요구할 기회를 잃게 하거나 채무를 청산하여 등록을 해제할 기회를 박탈당하게 함으로써 적절하게 신용 및 경제활동의 자유에 대한 제한에 대처할 기회를 침해하는 경우에는 그와 같은 금융기관의 통지규정 위반은 위법한 행위가 된다(대법원 2003.5.16. 2003다14195, 손해배상).

26) 2005년 7.15.부터 7.30일간 주민번호 대체수단 도입과 관련하여 인터넷 서비스제공업체 45개사를 상대로 「주민번호의 수집 및 이용, 주민번호대체수단의 도입, 본인확인정보관리기관의 운영 및 고객DB 수정시 애로사항」 등을 설문한 결과자료에 의하면, 응답자의 75%가 주민번호를 수집하고 있고 수집하는 이유에 대하여는 개인정보의 변경, 불건전 사용자의 차단 등 회원 유지·관리, 회원가입 및 이용, 성인인증 등 연령제한서비스, 배송관리, 마케팅자료 수집 등 기업내부자료 활용 순으로, 그리고 온라인상 주민번호를 이용하여 본인확인을 하는 것에 대하여는 적절하다는 의견과 그렇지 않다는 의견이 대등한 것으로 각각 나타났다. 황성환, “주민번호 대체수단 도입사업자 설문조사결과”, 인터넷상의 주민번호 대체수단 정책 위크샷(2005.7.28.), 101쪽 이하 참조.

27) 주민등록번호 노출유형으로는 “ ① 사용자 입력한 주민등록번호 장기간 방치(관리부실) - 자유게시판, ②시스템 미비로 수집한 주민등록번호가 노출(설계 미비) - 민원신청, ③정보공개시 주민등록번호 후단 미 삭제 등(관리부실) - 자료실, ④관리자화면 진입 허용에 의한 노출(설계 미비) - 비공개 게시판, ⑤비공개 주민등록번호가 웹 로봇에 의해 노출(설계 미비) - 비공개 게시판” 등이 거론되고 있다. 행정자치부, “공공기관 홈페이지의 개인정보 관리실태와 개선방안”. 2005. 4.

구 분	상반기	7월	8월	합 계	
공공기관	노출사이트	178	24	23	225
	노출페이지	213	14	310	537
	노출인원	9,173	5,180	1,761	16,114
민간영리	노출사이트	104	14	88	206
	노출페이지	276	83	3,180	3,539
	노출인원	127,385	144	6,389	133,918
민간비영리	노출사이트	57	3	7	67
	노출페이지	44	7	83	134
	노출인원	2,240	5	3,125	5,370
입의단체	노출사이트	38	1	3	42
	노출페이지	67	32	36	135
	노출인원	2,366	6	1,124	3,496
개인홈피	노출사이트	13	1	1	15
	노출페이지	11	1	17	29
	노출인원	77	1	200	278
소 계	노출사이트	390	43	122	555
	노출페이지	611	137	3,626	4,374
	노출인원	141,241	5,336	12,599	159,176

<표 3> 2006년 103,000개 웹사이트 주민등록번호 노출점검결과

출처: 웹사이트 주민번호노출 현황 및 대응방안, 한국정보보호진흥원, 2006.12.

사태가 이러하다면, 거짓의 주민등록번호를 만들어 자기 또는 다른 사람의 재물이나 재산상의 이익을 위하여 사용한 자나 거짓의 주민등록번호를 만드는 프로그램을 다른 사람에게 전달하거나 유포한 자 또는 다른 사람의 주민등록증을 부정하게 사용한 자 등에 대해 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하는 현행 주민등록법 제37조에 만족할 것이 아니라, 지식정보사회에서의 주민번호가 갖는 본인확인 의 공적 증명력을 최대한 활용하는 방안으로 유일불가변의 주민번호를 기초로 가변적이나 유일한 대체수단을 주민등록법으로 규정하는 것이 고도지식정보화사회의 역기능을 해소하고 순기능을 강화해야 하는 요구에 합치되는 것으로 보인다.

참고로 외국에 있어서도 조사대상국가 103개 국가 중 93개국에서 국가신분증 제도를 이용하고 있는 것으로 조사되었고, 이용되는 가장 주된 목적은 본인확인 수단에 있고 부수적으로 공공의 안녕과 질서유지, 사회복지, 조세부과 등의 목적을 위해 사용되는 것으로 밝혀졌으며, 국가신분증에 포함되어 있는 정보로는 국가마다 약간의 차이는 있으나 생체정보(지문, 홍채나 눈동자 색, 신장 등 아래의 <표 2> 참조) 등 기본적인 개인 확인정보는 모두 포함하고 있다고 한다.²⁸⁾

〈표 4〉 주요국가의 국가신분증에 포함되는 개인정보

국가	개인정보			출생정보		거주 정보	생체정보			기타
	이름	성별	사진	생년월일	출생지		지문	신장	눈동자색	
독일	0	0	0	0	0	0		0	0	서명, 일련번호
스페인	0	0	0	0		0	0			서명
이태리	0		0	0	0	0				서명
프랑스	0		0	0	0	0				
홍콩	0	0	0	0		0				
멕시코	0		0	0		0	0			서명
브라질	0		0	0	0					

2. 대체수단으로서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 상의 제한적 실명제

앞에서 언급한 바와 같이 2007년 1월 26일 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정법률」(법률 제8289호)에 의해 게시판에 있어 “제한적인 본인확인제도”로서 도입(법 제44조의5 및 제67조제1항제1호)되게 된 실명제²⁹⁾는 2008년6월13일의 개정법률 제23조의 2에 의해 대통령령으로 정한 일정한 정보통신서비스 제공자에 대해 주민등록번호 대체수단을 의무화하도록 함³⁰⁾과 아울러 제28조제1항제4호에서는 정보서비스제공 등에게 개인정보에 대한 암호화조치의무를 규정하여 사생활의 침해방지를 도모하는 등 바람직한 입법방향을 보여주고 있다.

28) 지문의 경우에는 103국 중 21개 국가(아프리카의 상당수 국가)가 사용 또는 사용예정이라고 한다. 황보 열, “우리나라 주민등록증 현황과 개선방향”, 한국행정학회 2004. 523-523쪽.

29) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령」 제30조제1항에 근거하여 방송통신위원회는 2008년 1월 2008년도 본인확인제 의무 대상사업자를 공시하고 4월부터 확인제를 시행하고 있다. 공공기관의 경우 별도의 지정절차없이 계속 본인확인조치를 취해야 하는데, 법률에서 규정하는 공공기관은 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공기업과 준정부기관 그리고 지방공사 및 지방공단 등이다. 인터넷 포털서비스는 일일 평균 이용자 30만명 이상, 언론사의 경우 일일 평균 이용자 20만명 이상으로 그 범위를 제한하고 있다.

30) 법 제23조의2 신설이유로 제시되고 있는 바는 다음과 같다; (1) 정보통신망을 통하여 회원으로 가입할 경우에 현재와 같이 이용자의 주민등록번호만을 사용할 경우에는 개인정보의 침해가능성이 많음. (2)정보통신서비스 제공자로서 유형별 일일 평균 이용자 수가 일정 기준에 해당하는 자는 이용자에게 주민등록번호를 사용하지 아니하고도 회원가입을 할 수 있는 방법을 의무적으로 제공하도록 함. (3)정보통신망을 통한 주민등록번호의 대량 유출이 감소되고 주민등록번호의 유출로 인한 민원이 해소되는 등 사회적 편익과 정보주체의 권익이 증대될 것으로 기대됨.

그 중 게시판에 있어 “제한적인 본인확인제도”에 대하여는 「먼저, 인터넷 실명제를 시행함으로써 자신의 신원이 공개될 수 있다는 압박감으로 표현이 순화되는 심리적 효과를 기대할 수 있다. 그러나 인터넷 상의 사이버 폭력이나 명예훼손이 이미 가입 시 실명 확인을 하는 대형 포털 위주로 발생한다는 점에서 실명확인으로 심리적 압박감을 느낀다고 할 수 없다. 다음으로 인터넷 실명제가 되면 사이버 폭력이 발생했을 때 추적이 용이할 수 있다는 점을 생각해볼 수 있다. 그러나 인터넷 실명제가 도입되더라도 추적을 피하기 위해서 외국에 있는 웹사이트나 블로그나 커뮤니티에 글을 올린 경우는 추적이 불가능하다. 또한 "연예인 X 파일"과 같이 글이 게시판이 아니라 메신저라는 일대일 통신 채널을 통해서 퍼져나간다면 막을 방법이 전혀 없다」거나 「‘제한적 본인 확인제’는 전체 인터넷 공간에 실명제를 확산하는 기폭제가 되며, 개인 정보의 누출을 통한 사생활 침해의 가능성을 증가시킨다」는 등의 비판³¹⁾이 행하여지고 있다.

이러한 비판(특히 사생활 침해의 가능성을 증가시킨다)은 포털이 실명확인을 위해 개인의 주민등록번호를 수집하게 된다는 점에서 설사 개정법률이 규정한 바와 같이 해당 주민번호를 암호화한다고 하더라도 타당할 수 있지만, 주민등록번호 대체수단의 사용에 이르러서는 누군지 식별할 수 없는 대체수단에 의한 본인확인라는 점에서 타당하다고 할 수 없다.

3. 아이핀(i-PIN ; Internet Personal Identification Number)제도

2008년6월13일의 개정법률 제23조의 2에 의해 대통령령으로 정한 일정한 정보통신서비스 제공자에 대해 강제되는 주민등록번호 대체수단으로 부각되고 있는 아이핀³²⁾은 인터넷에서 주민등록번호의 유출과 오·남용 방지를 목적으로 주민등록번호를 대신해 본인임을 확인할 수 있는 사이버 신원 확인번호로서 주민등록번호와는 달리 생년월일, 성별 등의 정보를 갖지 않으며 언제든지 변경이 가능하다는 특징을 갖는다.

현재, 한국신용평가정보·한국신용정보·서울신용평가정보·한국정보인증·한국전자인증 등 5곳이 가상주민번호·개인ID인증·그린버튼 등의 이름으로 서비스를 하고 있는 아이핀은 이용자가 신뢰할 수 있는 본인확인기관에 대면확인이나 공인인증

31) 이혁, “너무나 제한적인 제한적 본인확인제도”, 네트워커, 2006.4. 32호.

32) 아이핀(Internet Personal Identification Number, i-PIN)이란 인터넷상에서 주민등록번호 사용에 따른 부작용(각종 범죄에 악용)을 해결하기 위 한 서비스로 (구)정보통신부와 한국정보보호진흥원 (KISA)이 개발한 사이버 신원 확인번호로, 일종의 인터넷 가상 주민등록번호이다. 보안뉴스, “개인정보보호 선진화 모색과 대안”(http://www.boannews.com/media/view.asp?id=12687&kind=6). 2008.11.19.

서·신용카드·휴대전화 단문메시지서비스(SMS) 등을 통해 자신의 주민번호를 제공하면 이용자의 신원을 확인한 기관은 이용자가 웹사이트 가입시 사용할 수 있는 성명과 13자리 본인확인정보를 인터넷 사이트에 제공, 서비스를 이용할 수 있게 하는 것으로, 기존방식에서는 실명확인 및 주민번호 보관이 사이트에서 이뤄지지만 아이폰에서는 신원확인 및 주민번호 보관을 본인확인기관에서 수행하고 사이트에는 이용자의 신원이 확인된 성명과 13자리 본인확인정보만을 제공하게 된다.

이러한 아이폰을 이용하면 최초 발급절차가 다소 길어져 사용자 편의성이 떨어지는 부분은 있지만 온라인상에서의 주민번호 유출 및 도용행위가 억제되어 개인정보보호가 강화되는 한편, 서비스를 제공하는 인터넷 사이트에서는 이용자의 성명과 13자리 본인확인정보만 보관하고 이용자의 주민번호는 본인확인기관에 보관되기 때문에 설령 정보가 유출되더라도 다른 사이트에서 재사용될 수 없는 장점을 갖는다. 또한 주민번호는 도용 및 유출되더라도 사용자가 이를 변경할 수 없지만 13자리 본인확인정보는 사용자가 언제든지 변경할 수 있다는 장점을 갖는다.

그러나, 현행 전자상거래법에서는 결제시 대금결제 및 재화 등의 공급에 대한 기록을 5년간 보존해야 되기 때문에 전자상거래에 있어서는 여전히 주민등록번호를 요구하는 경우가 많아 주민등록번호유출 방지의 입법목적은 달성하지 못하고 있어 입법적 대안이 시급한 상태이다.³³⁾

4. 사건

실명제 도입의 찬반양론은 앞에서 살펴본 바와 같이 인터넷의 게시판을 통한 특정 개인의 명예훼손이나 모욕 등을 방지하고자 하는 취지에서 출발하여 상당한 여론의 지지를 얻었으나 정치적 기본권으로서 표현의 자유를 제한한다거나 실명확인에 의해 주민번호를 수집하게 됨으로써 사생활을 침해할 수 있다는 등의 간과할 수 없는 비판이 행하여졌다. 그러나, 정보화기술이 고도화되면 될수록 정보주체의 의사와 관계없이 개인정보의 수집을 피할 수 없는 “Zero-Privacy 사회”에 놓이게 된다는 부정적인 측면과 아울러 GPS기술과 결합하여 언제 어디서나 실시간 수요를 충족하게 되는 “Supply on Demand사회”에 살게 된다는 긍정적인 측면을 받아들여야 한다.

이러한 점에서, 익명성을 통한 자기 자신을 숨길 권리나 표현의 자유권을 확보하여야 한다는 비판을 수용하고³⁴⁾, 더 나아가 사회의 정체성에 의해 수집될 수밖에

33) 보안뉴스, “개인정보보호 선진화 모색과 대안”, <http://www.boannews.com/media/view.asp?id=12687&kind=6>, 2008.11.19. 접속.



<그림 2> 대체수단의 형태

대체수단의 법제화가 바람직하다고 할 것이다.

그렇게 될 경우에는 아래의 <그림 3>과 같이 현실공간에서 주민등록증의 사진



<그림 3> 대체수단의 역할

에 없는 개인별 데이터를 식별할 수 없는 개인별 데이터화하여 이를 자원화하여 한정된 자원의 최적 분배가 가능하도록 해야 한다는 주장을 수용하기 위해서는 왼쪽의 <그림 2>와 같이 공법상으로는 사법상으로도 기준이 되는 주민등록법상의 공적 증명력을 가진 대

대조의 필요성은 공인인증키가, 성년확인 및 본인확인으로서 주민등록번호는 대체수단이 각각 그 역할을 대신한다면, 비대면성에 따른 가상공간의 문제점 해소와 아울러 영장에 의하지 아니하고는 본인의 실체를 확인할 수

없도록 법으로 강제한다면³⁴⁾ “비가시적 실명(또는 가시적 익명)”으로서 익명에 의한 표현의 자유에 가장 근접할 뿐 아니라 그 대체수단을 기준으로 수집된 개인데이터는 식별할 수 없는 개인별 데이터로서 실시간 서비스를 가능하게 하여 최대다수의 최대행복을 가능하게 할 것으로 판단된다.

34) 프랑스 국가정보자유위원회의 인터넷정책은 익명성을 개인의 자기정보에 대한 통제권을 보호하기 위한 수단으로 권장하고 있으며, 독일정보커뮤니케이션위원회 또한 익명성은 오로지 최초로 개인데이터가 생성될 때에만 침해된다고 규정하면서 사이버공간의 익명성을 보장하고 있다고 한다. 김여라, “인터넷실명제 쟁점”, 국회입법조사처, 2008. 8. 13-14쪽.

35) 이와관련, 한상희교수의 “이용자로 하여금 언제든지 그리고 누군가에 의하여 자신의 현실적 정체기가 드러날 수도 있다는 그림으로써 익명성의 전제 자체가 흔들릴 수도 있다는 사전적 자기통제·자기검열의 기제에 억압받게 만든다”는 지적에 주목할 필요가 있다. “사이버공간에서의 익명성과 책임”, CLIS Monthly, 2003. 5/6호. 25쪽.

요컨대, 「공직선거법」이나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 모두 인터넷을 통한 명예훼손이나 모욕을 방지하고자 하는 목적과 관련하여 실명제 또는 제한적 본인확인제도를 취하는 단견을 보이고 있으나, “실시간 수요 충족(Supply on Demand)”이 이루어지는 “Zero-Privacy 사회”를 특징으로 하는 고도정보사회에 대응하여 인터넷실명제를 “적법절차에 의한 영장없이 는 그가 누구인지 용이하게 식별할 수 없는 가변적이고 유일한 본인식별정보로서 非可視的 實名制 내지 可視的 匿名制”로 새롭게 개념을 정립할 필요가 있다.³⁶⁾

V. 맺는 말

유비쿼터스 컴퓨팅 사회가 개인의 사생활비밀을 포함한 인격권을 보호하지 못하는 전체주의적 사회로 흘러 모든 사람의 행동이나 생각이 다른 사람에게 투명하게 되는 결과 자신의 생각이나 감정 또는 내적 생활을 더 이상 자유롭게 가질 수 없게 된다면 개인의 자율과 조화를 바탕으로 하는 우리 헌법의 기본적 틀인 자유민주적 기본질서는 파괴될 수밖에 없을 것이다.

이러한 이유에서 우리 헌법이 사생활의 비밀과 자유를 보장하고(제17조), 통신의 비밀을 보장하여 온라인상 개인의 사적 영역에 속하는 사항에 대해 타인이나 국가의 부당한 간섭이나 관여로부터 자유를 보장(제18조)하는 점, 정치·경제·사회의 각 분야에 걸쳐 자신의 견해를 실명 또는 익명의 형태로 자신이 원하는 표현방식과 내용으로 비판할 수 있는 표현의 자유를 제21조에서 보장하고 있다는 점, 그리고 제10조에서는 모든 국민에 대해서 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하여 각 개인에 대해 타인의 존엄권과 가치권을 침해하지 아니하는 한도에서는 자신을 드러내거나 노출시키지 않고 자신의 인격을 자유롭게 발현할 권리를 보장하고 있는 점 등을 고려하고, 헌법 제37조의 요구에 따른 국가의 질서규제 가능성을 감안한다고 하더라도 현행 기술상 대체수단이 가능하여 익명성의 장점과 실명의 요구를 충족할 수 있음에도 불구하고 「공직선거법」이나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서와 같이 인터넷상의 행위에 대해 실명행위를 강제하기보다는 주민등록법에서 주민등록증상의 주민번호와 동일한 효력을 가진 대체수단을 입법화하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

요컨대, 헌법 정신을 종합할 때 한편으로는 개인의 공개 없이는 성립될 수 없는 고도지식정보화사회가 공개된 개인정보를 토대로 개인을 유린하는 전체주의

36) 한상희교수는 실명제를 두가지의 의소소통적 구조에서 요청된다고 하면서 의사소통적 관계에 들어가 있는 당사자들이 상호 상대방의 개인적 속정을 알 수 있거나 또는 그에 관한 정보를 요청하는 상태에서 실명(익명성)과 추적가능성으로서의 실명으로 구분하기도 한다. “사이버공간에서의 익명성과 책임”. CLS Monthly, 2003, 5/6호, 15쪽.

사회가 되지 아니하도록 하는 개인보호와 아울러 다른 한편으로는 수집·처리된 다종다양한 개인정보가 갖고 있는 재화가치의 극대화를 통한 복리증진과 재화의 적정배분이라는 두 가지의 목적을 달성하기 위해 공적 증명력이 있는 그러나 식별하기 어려운 본인확인수단(공인된 주민번호대체수단)을 도입하는 법제의 개발이 시급하다고 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김여라, “인터넷실명제 쟁점”, 국회입법조사처, 현안보고서 제3호, 2008.8.
- 김용섭, “인터넷과 행정법상 과제”, 법제연구, 제18호, 2000. 6.
- 김용섭, “정보공개와 개인정보보호의 충돌과 조화”, 공법연구 2001.5.
- 김철수, “헌법학개론”, 박영사 2007.
- 김종철, “헌법적 기본권으로서 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론”, 인터넷법률 2001.1.
- 金炯坤, 자연법이론의 기본적 인권에의 수용에 관한 연구, 경남대 박사학위논문, 1990
- 성낙인, “헌법학”, 법문사, 2007.
- 박경신, “인터넷 규제와 표현의 자유”, 언론광장 월레포럼, 2008. 10. 1.
- 백운철, “헌법상 개인정보자기결정권에 관한 연구”, 법조 2002.5.
- 성낙인 외, “개인정보보호를 위한 정책방안 연구”, 정보통신부 1999.
- 조소영, “공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구, 2007.
- 이인호, “익명 표현의 헌법적 문제”, 로앤비, <http://www.lawnb.com>. 2003. 3.
- 이인호, “사이버공간에서의 익명성과 책임”, CLIS Monthly, 2003.
- 이 혁, “너무나 제한적인 제한적 본인확인제도”, 네트위커, 2006.4. 32호.
- 정준현, “인터넷실명제의 법적 문제”, 한국인터넷법학회, 2007. 제4권 1/2호.
- 정재황 외, “사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 헌법재판연구 제 13권 2002. 12.
- 한상희, “사이버공간에서의 익명성과 책임”, CLIS Monthly, 2003. 5/6호.
- 홍성태, “주민등록제도와 총체적 감시사회”, 민주사회와 정책연구, 2006. 통권 9호.
- 황보 열, “우리나라 주민등록증 현황과 개선방향”, 한국행정학회 2004.
- 황성환, “주민번호 대체수단 도입사업자 설문조사결과”, 인터넷상의 주민번호 대체수단 정책 워크샵(2005.7.28.)
- 洪春義, 인격권의 보호에 관한 연구, 전북대박사학위논문, 1990.
- 星野英一, 私法における人間, 基本法學(1), 岩波書店, 1983年.
- 방송통신위원회, “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 시행령」 개정(안) 공청회”, 2008. 11. 25.
- 행정자치부, “공공기관 홈페이지의 개인정보 관리실태와 개선방안”. 2005. 4.
- 한국전산원, “통계로 본 2010년 유비쿼터스사회 조망”, 2005.9.30.
- 한국전산원, “통계로 본 2010년 유비쿼터스사회 조망”, 2005.9.30.
- 한국정보보호진흥원, “웹사이트 주민번호 노출 현황 및 대응방안”, 2006. 12.
- 한국신용정보, “개인인증키를 이용한 주민번호 활용제한”, 인터넷상의 주민번호 대체수단 정책워크샵, 2005.7.28.

D.J. Solove, Marc Rotenberg, "Information Privacy Law", Aspen. 2002.

보안뉴스, "개인정보보호 선진화 모색과 대안", <http://www.boannews.com/media/view.asp?idx=12687&kind=6>, 2008.11.19. 접속.

Smart Internet Technology CRC, "Smart Internet 2010", 2005. 9.

"The Year in Technology Law", <http://www.lawnb.com/main/main.asp>.

인터넷실명제의 법정책적 과제

김 희 곤 (우석대 법학과 교수)

I. 서

1. 토론의 기회에 감사

먼저 훌륭한 학술대회를 개최하시고 소중한 토론의 기회를 주신 전북대학교 법학연구소 김용섭 소장님 그리고 훌륭한 발제를 해주신 정준현 교수님께 깊이 감사드립니다.

아울러 저의 부족한 부분은 플로어에 계신 여러 교수님들께서 보완해 주실 것을 부탁드립니다.

2. 본 주제발표의 의의

90년대 이래 급속한 정보통신의 총아로 불리는 인터넷의 확산은 우리나라를 일약 세계적인 IT 강국으로 만들고 대외수출에서도 큰 비중을 차지하는 등 긍정적인 면이 많았음도 사실이다.

그렇지만 최근에 들어와 심심찮게 이어지고 있는 인터넷상의 악성 댓글로 인한 유명 연예인 자살 등과 같은 직접적인 피해는 물론이고 개인의 사생활이나 사회적 문제에 대한 댓글에서의 무절제한 욕설, 비방 등은 사회적 용인의 수준을 넘고 있지 않나 하는 우려가 나오고 있다.

따라서 그에 대한 자율적(도덕적) 규제를 기본으로 하면서도 자율적 규제에 되지 않는 부분에 대해서는 최소한의 타율적(법적) 규제도 필요한 것이 아닌가 하는 의견이 많아지고 있는 것 같다.

이와 같은 시점에서 「정보사회에 있어서 인터넷상의 법률문제」라는 주제하에 심도있는 발표와 토론의 장을 마련한 것은 아주 의미 깊은 일로 생각됩니다.

특히 정준현 교수님의 「인터넷실명제의 법정책적 과제」라는 아주 중요한 주제의 발제에 대한 토론을 맡게 되어 대단히 영광스럽게 생각하며, 또한 많이 배

우게 된 점에 대하여 깊이 감사드립니다.

II. 발제의 요지

1. 인터넷 실명제를 둘러싼 법적 문제

인터넷 실명제란 “홈페이지 게시판 등에 글을 쓰기 전에 본인 확인을 하는 제도”로서 우리나라의 경우 공직선거법 제82조의 6 이외에 2007년 1월 26일 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정법률」(법률 제8289호)에 의해 “제한적인 본인확인제도”로서 도입(법 제44조의5 및 제67조 제1항 제1호) 되어 있다.¹⁾

1) 실명제 도입의 찬반논쟁

실명제 도입 찬성론의 주된 논거는 사이버폭력방지(64%), 불법스팸게시물로 인한 불편함(18%)과 여론조작의 가능성(17%) 방지, 청소년 유해정보사이트 접근방지 등을 들고 있고, 도입 반대론의 논거로는 대체로 인터넷 실명제는 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하며, 개인 프라이버시에 치명적인 위협이 될 것이라는 점 등을 들고 있다.²⁾

2) 실명제와 표현의 자유 및 사생활비밀침해 문제

익명권·실명권을 포괄하는 성명권은 헌법상 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 것으로서, 실명제는 표현의 자유에 대하여 대립적인 성질을 갖고 있다.

사생활비밀권이라 함은 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고 사생활의 형성과 전개를 방해받지 아니하며 자신의 사적 영역을 스스로 관리·통제할 수 있는 권리 내지 “사적 문제의 공개를 회피할 개인적 이익으로서, 실명제는 사생활비밀

- 1) 구체적인 내용은 “국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관 등 공공기관 등과 정보통신서비스 유형별 일일평균 이용자수 10만 명 이상으로서 대통령령으로 정하는 일정 기준에 해당하는 정보통신서비스제공자가 게시판을 설치·운영하는 경우에는 게시판 이용자에 대한 본인확인을 위하여 필요한 조치를 취하도록 한다”는 것과 “정보통신서비스제공자가 본인확인을 위하여 필요한 조치를 취하지 않은 경우 정보통신부장관이 시정명령을 하도록 하고 정보통신서비스제공자가 이를 이행하지 않은 경우에는 과태료를 부과하도록 한다”는 것을 내용으로 하고 있다. 정준현, 인터넷실명제의 법정정책 과제, 「정보사회에 있어서 인터넷상의 법률문제」(전북대학교 법학연구소 주최 학술대회 발표문), 2008.12.5, 2-3면.
- 2) 그 외 실명제 도입반대의 논거로서는, 실명제는 사전적인 예단을 전제로 하는 것으로서 명백한 사전검열에 해당하며, 표현의 자유에 대한 과도한 규제라느니, 실명제를 도입할 때 주도적인 역할과 책임의 소재를 둘러싼 정부나 포털업체 또는 언론사 간의 혼란 우려, 본인 인증과정에서의 불편 등이 들려진다. 정준현, 전계 발제문, 3-4면 참조.

권과 대립적인 성질을 가진다.

그러나 헌법상 표현의 자유나 사생활비밀권 모두 국가안전보장·질서유지·공공복리상 필요한 경우에는 법률에 의해 제한 가능한 상대적 권리(기본권)라고 할 수 있다.

즉 인터넷 이용상의 익명제로 인하여 타인의 명예를 훼손하는 등의 부작용으로 사회질서 등을 문란케 하는 경우에는 인터넷 이용상 익명제는 제한받을 수 있는 것이다.

2. 우리 현실 진단

현대 정보화사회에 있어서 우리의 현실상황에 대해 발제자는 다음과 같이 진단하고 있다.

- 1) 인터넷 등 사이버 공간상 지나친 언어폭력, 명예훼손 등이 무절제하게 난무하고 있어서 이에 대한 적절한 규제는 필요하다.
- 2) 그렇지만 사이버 공간상 표현의 자유의 보장은 필요하며, 그러기 위해서는 익명성 보호를 통한 개인의 프라이버시 보호가 필수적이며, 따라서 단순 실명제는 곤란하다.
- 3) 그런대 현재 우리나라의 익명성 보장 현실을 보면, 실제로는 Zero-Privacy 사회 상태이다. 즉 개설 사이트 운영자에 의해 개인의 정보가 수집, 관리되고 있고, 그런 중에서도 최근 인터넷 사이트 한메일 사고 등에서 나타난 것처럼, 사이트 운영자에 의해 수집·관리되는 개인정보가 정보주체인 본인의 의사와는 관계없이 마구 유출되고 있는 실정이다.
- 4) 한편 현재 일반적으로 이용되고 있으며, 거의 유일하고 불가변의 개인신원확인 및 비밀보장수단인 주민등록번호는 적지 않은 분실, 도난 및 타인에 의한 그 도용 등의 사례에서 보듯이 개인신원확인 및 비밀보장수단으로서는 상당히 불완전한 수단이며, 따라서 보다 확실하게 개인신원의 확인 및 비밀보장이 가능한 새로운 수단의 강구가 필요하다.

3. 대안의 제시

발제자는 오늘날 인터넷이 널리 보급되어 활발하게 이용되고 있으면서도 그로 인한 부작용에 대한 자율적 자정능력을 갖추고 있지 못한 현재의 우리 현실에 비추어 볼 때, 인터넷의 부작용을 제거하고 그 순기능을 계속 살려나가기 위해서는 인터넷 실명제는 도입하여야 하되 익명성 보장이 그 전제가 되어야 하며, 따라서 필요시 적법절차에 의해 발부되는 영장에 의해서만 본인여부 추적이 가능한 非可視의 실명제(可視的 익명제)의 도입이 필요하며, 그 수단으로서는 현재의

주민등록번호를 기초로 새로이 암호화하여 만든 예컨대 i-PIN(Internet Personal Identification Number) 방식과 같은 본인 인증키제도의 전면적 도입이 바람직하다고 한다.

Ⅲ. 발제내용에 대한 검토

발제자의 견해에 기본적으로 찬동하면서, 다음 몇 가지 점에 대하여 질문을 드리고 싶다.

1. 본인인증키의 발급시 곤란성과 안전성 문제

발제자도 언급하였듯이 i-Pin 같은 본인 인증키 제도는 개인신원의 확인 및 비밀보장에 있어서 탁월한 효과가 있다고 생각되며, 현재 금융기관 등에 의해 이용되고 있기도 하다. 그런데 그 발급과정이 상당히 복잡한 과정을 거치게 되어 있어서, 컴퓨터에 어두운 노인층 등은 사실상 이용이 어렵고, 그 결과 그 발급과정에서 타인의 도움이 불가피할 것인바, 그것은 자칫 본인인증키의 안전성 훼손으로 이어질 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

2. 본인(개인신원)확인기관의 엄정한 중립성과 독립성 및 책임성 확보문제

개인정보를 수집 관리하는 본인(개인신원)확인기관의 엄정한 중립성과 독립성 및 책임성 확보문제이다.

현재도 수집, 관리 중인 개인정보는 국가안보상 및 수사상 등 필요시에는 본인 동의 없이도 적법절차(혹은 사실상)에 의해 정보당국이나 수사당국의 제공이 허용되고 있는 현실이라고 생각된다.

그런데 본인인증키 제도를 도입한다 하더라도 그러한 위험은 계속 상존한다고 할 것이고, 앞으로 본인인증키 제도가 전면적으로 시행되는 경우에는 그로 인한 피해가 더욱 커질 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

3. 획일적 수준의 실명제(비가시적 실명제) 채택의 문제

인터넷 서비스의 내용을 분류하면, 출판영역(publishing areas : 전자뉴스 서비스, 공개토론, 자료실 영역, WWW 페이지, 사실데이터 베이스 등), 배포영역(distribution areas), 공유메시지 영역(shared message areas : 유즈넷, 인터넷 중계토론 등)으로 나눌 수 있고,³⁾ 이용자의 입장에서 그 이용형태에 따라 자료나

정보제공적 이용, 토론 등 의견개진적 이용, 낙서 등 기분전환용 이용 등으로 나눌 수 있으며, 다시 그 수준에 따라 고급, 중급, 저급 등으로 구분할 수 있을 것이다.

따라서 인터넷 서비스의 내용, 이용자의 이용형태 등에 따라 실명제의 정도 내지 유형도 달라져야 할 것이다.

4. 인터넷 공간에서의 법적 개입의 신중성 및 보충성

인터넷 이용과 관련하여 부득이하게 법적 개입을 하는 경우에도 어디까지나 인터넷 사이트 운영자와 이용자간의 자율성과 책임성을 기초(기본)로 하고, 그 것을 보완하는 정도에서의 법의 개입이 이루어져야 할 것이다.⁴⁾

즉 실명제는 인터넷 서비스 분야 및 이용자의 이용형태 등에 따라 그에 적절한 정도로 채택하되, 그에 대한 규제 내지 통제는 인터넷 사이트 운영자(ISP : Internet Service Provider)와 인터넷 사이트 이용자간의 자율성과 책임성을 바탕(기본)으로 상호관계 속에서 적절하게 결정되어야 할 것이다.

이에 대한 발제자의 견해를 듣고 싶습니다.

V. 결어

끝으로 부족한 토론을 끝까지 경청하여 주신데 대하여 깊이 감사드립니다.

3) 이광진, 인터넷 시대에서의 표현의 자유, 「인터넷 법률」 2001. 8호(2001.9), 법무부, 78면 참조.

4) 정완, 사이버공간에서의 성폭력 실태와 그 대응책, 「인터넷 법률」 2002. 10호(2002.1), 법무부, 79면 참조.

지정토론요지

황 규 표 (변호사)

인터넷이라는 공간은 사람들에게 또 하나의 무한한 사고의 공간을 마련하여 주었다. 그곳에서 사람들은 수많은 정보를 얻고 자신의 생각을 피력하며 정신적 갈등을 해소하는 장으로 여겨왔다. 특히나 우리 국민들은 오랫동안 지속되어 온 통제 사회에서 벗어나고자 하는 갈망을 이러한 인터넷 공간을 통하여 해소하는데 많은 관심을 기울여 단기간에 세계적으로 인정받는 인터넷 강국을 이루는데 일조를 하였다. 이 과정에서 여론을 주도하였던 종래 굴지의 신문을 대체하는 인터넷 매체들이 생성되었고, 이들 매체들의 영향력은 가히 상상을 불허할 만큼 막대한 위력을 발휘하였다. 바야흐로 집단지성이 살아 숨쉬는 장이 펼쳐지고 있는 것이다.

그러나 이러한 강력한 영향력을 발휘하여 온 인터넷 공간이 정제되지 않은 정보와 악의적인 댓글, 이른바 악플로 인하여 많은 피해를 양산해 온 것 또한 사실이다. 이러한 연유로 그간 인터넷의 순기능과 역기능에 대하여 많은 논의가 있어 왔지만, 특히 최근 연이은 연예인의 자살로 인하여 이러한 논의는 다시금 우리사회를 뜨겁게 달구고 있다. 이러한 시기에 “정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제”라는 주제로 전북대학교 법학연구소에서 개최되는 이번 학술대회는 매우 시의적절하고, 앞으로 국가기관이 정책을 펼치는데 있어서도 많은 기여를 하리라고 본다. 특히 오늘 ‘인터넷실명제의 법정정책적 과제’에 관하여 발표를 해주신 정준현 교수님은 그간의 논의에서 더 나아가 획기적인 입법제안을 통하여 인터넷실명제에 관한 뜨거운 논의에 해안을 제시하고 있다.

발표문의 내용을 살펴보면, 인터넷 실명제는 이미 2004년 구 「공직선거 및 선거부정방지법」에서 제17대 국회의원총선거에 대비하여 익명성을 악용해 인터넷 공간에서 불법 선거운동을 하지 못하도록 하자는 취지에서 도입되어, 현행 「공직선거법」에서도 그 틀을 유지하고 있다. 이후 2007년 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 의하여 “국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관

등 공공기관 등과 정보통신서비스 유형별 일일평균 이용자수 10만명 이상으로서 대통령령으로 정하는 일정기준에 해당하는 정보통신서비스제공자가 게시판을 설치·운영하는 경우에는 게시판이용자에 대한 본인확인을 위하여 필요한 조치를 취하도록 한다”는 내용으로 “제한적인 본인확인제도”가 도입되었고, 최근 방송통신위원회 논의과정에서 본인확인제를 현재의 1일평균 이용자수 30만명 이상의 포털서비스업자, 20만명 이상의 인터넷언론서비스업자 및 30만명 이상의 UCC서비스업자에서 10만명 이상 정보통신 사업자로 확대하려는 움직임이 있자, 각각의 시민단체에서는 위와 같은 정보통신 사업자로 확대할 경우 본인확인제 적용 대상이 37개 사이트에서 268개 사이트로 늘어나고 적용대상 이용자 수도 전체 인터넷 이용자의 51.5%에서 74.5%로 증가할 것으로 보고 강력하게 반대의견을 피력하였고, 이후 법무부에서 오히려 1만명 이상으로 확대하여야 한다는 의견을 제시한 후, 2008. 11. 5. 상임위원회 결의안에서는 구체적인 기준을 대통령령으로 정하는 방식으로 의결되어, 다시금 인터넷 실명제에 대한 논의를 촉발시키고 있다.

발표문은 인터넷 실명제를 둘러싼 법적 문제를 행복추구권의 면에서 행복추구권에 근거한 익명권도 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있음을 언급하면서, 다만 실명제에 의한 일반적 행동을 전면적이고 일반적으로 강제하는 것은 비례 원칙 내지 평등원칙에 반한다고 하고, 사생활비밀권의 면에서 인터넷 사용자는 사생활비밀권으로서의 익명권을 갖는 것은 당연하지만 대체적 식별수단과 같이 본인식별이 용이하지 아니한 식별자의 사용은 사생활의 비밀이 침해되지 아니하는 범위에서 그 사용을 강제하는 것은 위법의 문제를 야기하지 않는다고 하며, 성명권의 법적성질 면에서 정보주체가 자산적 가치로서 자신의 개인정보를 사용하였다면 성명권도 그 사용목적에 반하지 아니하는 범위에서는 재산권으로서의 속성을 갖게 된다고 하고, 표현의 자유와 실명제의 점에서 실명제는 표현의 자유에 대해 대립적인 성질을 갖고 있음을 밝히고 있다.

마지막으로 발표문은 현행법제의 개선방향의 점에서 지식정보사회에서의 주민번호가 갖는 본인확인의 공적 증명력을 최대한 활용하는 방안으로 유일불가변의 주민번호를 기초로 가변적이거나 유일한 대체수단을 주민등록번호로 규정하여 고도지식정보화사회의 역기능을 해소하고 순기능을 강화해야 하는 요구에 합치될 수 있도록 할 것을 제안하면서, 현실공간에서 주민등록증의 사진대조의 필요성은 공인인증키로, 성년확인 및 본인확인으로서 주민등록번호는 대체수단이 각각 그 역할을 대신하도록 하여 비대면성에 따른 가상공간의 문제점 해소와 아울러 영장에 의하지 아니하고는 본인의 실체를 확인할 수 없도록 법으로 강제한다면 비

가시적 실명으로서 익명에 의한 표현의 자유에 가장 근접할 뿐 아니라 그 대체 수단을 기준으로 수집된 개인데이터는 식별할 수 없는 개인별 데이터로서 실시간 서비스를 가능하게 하여 최대다수의 최대행복을 가능하게 할 것이라고 하여 인터넷 실명제에 관한 논의에 중요한 해법을 제시한다.

그러나 본 토론자는 발표문 중 '미래에 펼쳐질 고도정보사회는 공공적 내지 비공공적 수요에 대한 실시간의 충족을 매개하게 될 본인식별정보의 효용성 및 이를 기준으로 이루어진 개인별 데이터베이스를 통한 맞춤형서비스의 요구나 낭비없는 생산을 통한 자원분배의 최적화가 이루어질 것'이라는 전제 하에 '사생활권의 문제로 거론되는 원하던 원하지 않든 능동적 또는 수동적으로 개인별 데이터가 수집·저장될 수밖에 없는 고도지식정보화사회의 특성상 막기보다는 개인효용의 극대화과 한정된 자원의 최적활용이라는 관점에서 개인별 데이터를 가능하게 하는 실명제'라는 부분에 대하여는 견해를 달리한다. 비록 미래의 사회가 고도의 지식정보화사회라 하더라도 정보의 집중은 필요최소한도에 그쳐야 할 것이고, 그 나머지는 개인의 자유로운 영역으로 남겨놓아 각 개인의 필요에 따른 선택이 집중되어 균형을 찾아가는 모습으로 자리하는 것이 타당하지 않을까 생각된다. 이에 따라 개인별 정보를 집적하게 하는 의미의 실명제는 개인을 통제하는 수단으로 이용될 가능성이 높다는 점에서 상당한 문제점을 내재하고 있다.

인터넷 실명제는 익명의 그늘아래서 무분별하게 자행되는 사이버폭력을 방지하기 위하여 도입되어야 한다는 논의가 활발하게 이루어지고 있으나, 그 폐해에 비추어 익명성에서 기인하는 인터넷 상의 표현의 자유가 우리 사회에 미치는 긍정적 영향을 심도 있게 살펴볼 필요가 있다. 딱히 어떠한 잘못을 행하고자 하는 것은 아니지만 자신을 드러내지 않고 좀 더 자유스럽게 스스로의 생각을 나타내고자 할 때, 예컨대 필명을 가명으로 하여 책을 출판하는 경우, 익명성은 아주 적절한 수단이 된다. 위와 같은 대다수의 인터넷 사용자들과는 달리 인터넷을 악용하는 일부 사용자들 때문에 모든 인터넷 사용자들에게 실명제를 요구하는 것은 다소 무리가 있다고 생각되고, 그 실효성의 면에서 있어서도 의문이 제기된다. 그동안 실명제를 통한 악성댓글의 감소효과가 미미하였다는 점에서도이다. 현행 제도하에서도 IP추적 등을 통하여 인터넷 상의 범죄행위에 대한 단속이 가능하다는 점에서도 실명제의 필요성에 의문이 제기되는 것이다. 오히려 법의 잣대로 강제하는 것보다 건전한 사이버 문화조성과 네티즌들의 매체이용에 대한 시민윤리를 장기적이고 체계적으로 마련하여 자율과 책임을 기반으로 사이버 공간의 개방성과 익명성을 지켜나갈 수 있는 분위기를 조성하는 것이 중요하지 않을까 생각된다. 인터넷 실명제는 다른 매체와의 규제의 형평성 차원에서도 문제가

제기되고 있다. 방송에서는 하고 싶은 말이 있으면 모자이크 및 음성변조를 통하여 익명으로 인터뷰를 할 수 있도록 하고 있는 반면, 방송국이 출연자의 실명이나 주소 등 개인정보를 보관하도록 의무화되어 있지 않다.

그러나 굳이 실명제를 실시하거나 기존의 실명제를 확대해야 한다고 할 때 발표문에서 제안하고 있는 주민번호대체수단은 매우 유용한 방법이 될 것이다. 다만, 이에 앞서 최근에도 크게 문제되었듯이 그간 대규모로 유출된 개인정보의 문제를 어떻게 해결할 것인가에 대한 논의가 있어야 할 것이다. 옥션과 LG텔레콤, 하나로텔레콤에서 유출된 대규모의 개인의 정보를 그대로 방치해둔 채 대체수단을 강구하였을 때 개인정보의 도용가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 이에 대한 해결책으로 여러 가지 어려운 문제가 있겠지만, 새로운 주민번호를 부여하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다는 시민단체의 의견은 귀담아 들을 가치가 있다.

다음으로 논의되어야 할 것은 대체수단을 부여하는 기관을 어디에 둘 것인가 하는 문제이다. 대다수의 시민단체들이 실명제를 반대하는 이유는 인터넷 사용자들의 개인정보가 정부에 의해 통제될 우려가 있다는 것이다. 대체수단을 부여하는 기능을 정부가 수행하게 될 때에는 비록 영장에 의한 확인절차를 거쳐야 한다는 제한이 따르기는 하지만 마찬가지로 우려를 낳게 될 것이다. 따라서 대체수단을 부여하는 기관은 정부와는 무관한 독립된 위원회를 설립하여 그 위원회로 하여금 그 기능을 수행하도록 하는 것도 하나의 방편이 될 것이다.

정보사회에 있어서의 인터넷상의 법률문제

인 쇄 2008년 12월 2일

발 행 2008년 12월 3일

발행인 김용섭

발행처 전북대학교 법학연구소

주 소 전라북도 전주시 덕진구 덕진동 1가 664-14

전 화 (063) 270-3584

F A X (063) 270-3584

Homepage www.lawlab.chonbuk.ac.kr

e-mail pr16@chonbuk.ac.kr

※ 筆者 및 當法學研究所의 서면 허가 없는 無斷 掲載 및 複製를 금지함