

인터넷실명제 위헌결정과 공동체 자율규제에 관한 헌법적 고찰*
On the Constitutional Study of Decision on Unconstitutionality for Online
Real-name System and Self-regulation for the Community

조 재 현 (조선대학교 법과대학 강사, 법학박사)

Cho, Jae-Hyun / Chosun University College of Law, Lecturer, Dr. of Law

지 성 우 (성균관대학교 법학전문대학원 부교수)

prof. Dr. Ji, Seong-Woo/ Sungkyunkwan University

- I. 들어가는 말
- II. 인터넷실명제 위헌결정에 대한 헌법적 평가
- III. 인터넷상 표현물 규제에 대한 논의
- IV. 인터넷 공동체의 자율규제와 국가개입의 보충성
- V. 결 론

국문초록

이 논문은 헌법재판소의 인터넷실명제 위헌결정에 따른 정부의 후속대책의 일환으로서 정부개입을 통한 법적·제도적 장치가 인터넷상의 표현을 규제하기에 적절한가에 대한 문제를 다루고 있다.

인터넷의 거버넌스는 국민인 누리꾼(Netizen), 인터넷 민간 거버넌스(Internet Private Government)의 역할을 담당하는 온라인서비스제공자, 국가(Nation) 그리고 누리꾼과 더불어 인터넷공간의 문화형성에 영향을 크게 미치고 있는 인터넷 공동체(Community)를 중심으로 이루어져 있다.

* 이 논문은 2012년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.
(NRF-2012 S1A3A2033974)

사이버공간에서 온라인서비스제공자는 이용자인 네티즌과의 관계에서 보다 우월한 지위에 있기 때문에 이를 고려하여 기본권의 대사인적 효력의 확장방안이 논의되어야 할 것이다. 또한 온라인서비스제공자에게 과도한 법적 책임을 부과하게 되면 오히려 '사적검열'의 위험성이 커지게 되므로 정부와 온라인서비스제공자 간에 적절한 면책규정과 더불어 합리적인 규범구조가 마련되어야 할 것이다.

인터넷공동체는 구조상 '참여'와 '민주적 문화'를 바탕으로 하는 공동체가 형성될 수 있는 공간이므로 가능한 표현의 자유가 최대한 보장되어야 하며, 동시에 스스로의 합리적인 자율규제가 요구되는 공간이기도 하다. 따라서 인터넷공동체의 공간적 특성에 적합하게 인터넷 커뮤니티 관리자와 이용자 간에 민주적인 방법에 의한 합의와 조정을 통해 자율적으로 규제하는 것이 필요하다.

향후 인터넷 공간의 표현물에 대한 정부규제는 헌법상 보충성의 원칙에 위배되지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다. 이를 위하여 법과 제도에 의한 규제를 최소화하고, 민주주의의 표현의 가치를 우선시하는 공동체의 자율규제에 대한 신뢰가 필요하다.

Abstract

The purpose of this study is about the issue on whether problem solving method through legal and institutional complement such as expansion of review board to evaluate contents on the internet and reinforcement of investigative agency for defamation as part of follow up for government measure are adequate.

In other words, this is regards to the method for reasonable and proper regulation which also could guarantee the freedom of expression on the internet to the utmost limit for the public.

Today, dominant structure of Internet is formed with 'netizen', 'internet private government' as an online service provider, nation and also 'internet community' influencing on culture formation in the cyberspace.

Above all 'internet community' in the system of the internet space 'participation' and 'democratic' is the very important factor due to the nature of its structure. Therefore the need for rational self-imposed regulation is extremely great in the consideration of the reason that the internet online service provider is holding a prominent position in relationship with netizen as user.

Furthermore, there will be more possibility of increasing risk for private censorship by burdening excessive legal liability.

And to conclude, it is necessary to place confidence in self-imposed regulation which tries to minimize the restriction from law and policy and prioritizing the value of expression for democracy even though the level and the outcome are not sufficient still.

(주제어) 공동체내의 자율규제(Self-regulation in the community), 인터넷상 내용규제(The Regulation of Content on the Internet), 인터넷 민간 거버넌스(Internet Private Government), 표현의 자유(Freedom of Expression), 위축효과(Chilling Effect)

I. 들어가는 말

헌법재판소는 지난 2012년 8월 23일 재판관 전원일치로, 인터넷상의 본인확인제, 이른바 인터넷실명제는 과잉금지 원칙을 위반하여 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 정보통신 서비스제공자의 언론의 자유를 침해하기 때문에 헌법에 위반한다는 위헌결정을 선고하였다.¹⁾ 현재의 위헌 결정은 익명표현의 기대감과 표현의 자유 보호라는 측면에서는 긍정적이다. 하지만 익명성 또는 비대면성에서 비롯된 저작권침해, 불법정보의 확산, 개인의 명예 훼손 등 부정적인 측면에 대해서는 여전히 후속대책이 요구된다.

이에 따라 정부는 방송통신심의위원회(이하 ‘방통심의위’)를 통해 불법게시물에 대한 심사를 주 1회에서 2회로 확대하고, 수사심의를 실시하여 신속한 권리구제와 아울러 온라인 분쟁조정 도입, 방통심의위 명예훼손분쟁센터의 규모 확대, 인터넷상의 명예훼손에 대한 집중신고기간의 설정과 집중수사를 통한 대책을 마련하고 있으며, 2016년까지 초·중·고 정규교과목에 인터넷윤리교과과정을 확대하고, 교원·학부모에 대하여 맞춤형 교육을 실시하기로 하는 등 다양한 보완책을 제시하였다.

또한 중앙선거관리위원회는 유권자의 정치적 의사표현의 자유와 선거 후보자에 대한 정보 접근성의 확대, 그리고 유권자의 참정권 행사 편의를 제고하는 등 유권자 중심의 선거 환경을 조성하기 위하여 현행 「공직선거법」에 규정되어 있는 한시적 본인확인제를 폐기할 계획을 2013년 6월 국회에 제출하겠다고 하였다.²⁾

1) 현재 2012.8.23. 2010헌바47, 252(병합). 헌법재판소는 재판관 전원일치 의견으로, 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인 절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 이른바 본인확인제를 규정한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법」 제44조의 5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지 원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정하였다.

2) 중앙선거관리위원회 2013년 5월 2일자 보도자료. http://www.nec.go.kr/nec_new2009/BoardCotBySeq.do

그러나 정부의 후속대책이 과연 본질적 해결책인가에 대해서는 다소 회의적이다. 즉, 인터넷상의 표현물에 대하여 내용심의를 확대하고, 명예훼손에 대한 수사기능을 보강하는 등의 제도적 보완을 통한 문제해결 방식은 단기적 처방에 해당한다. 무엇보다 현재의 위헌결정은 자유민주주의 사회에서의 표현과 언론의 보호측면에서 존중되어야 한다.

그러나 정부의 후속대책은 주로 침해소지가 있는 개인의 명예보호와 불법게시물에 대한 심사를 강화하는데 역점을 두고 진행되고 있는데, 이는 불필요한 공권력의 개입으로 비춰질 수 있고, 오히려 표현에 대한 ‘위축효과’(Chilling Effect)를 유발함으로써 표현의 자유가 상당히 제한될 수 있다는 우려가 발생한다. 이러한 후속대책은 헌법재판소의 위헌결정의 취지와는 다소 상반된 결과를 야기할 소지가 있고, 정부개입의 최소화를 통해 인터넷 공간의 자율기능을 최대한 보장해야 하는 민주적 요청에도 부합하지 않는다.

따라서 이 논문에서는 본인확인제의 위헌 결정으로 인하여 향후 전개될 인터넷 공간에서의 불법·악성 게시물의 증가와 명예훼손 등의 역기능을 제어하고, 정부의 개입을 최소화함으로써 인터넷상의 표현의 자유를 최대한 보장하면서도 적절한 규제방안이 무엇인지 그 해법을 모색하고자 한다. 이를 위해 인터넷상 제한적 본인확인제에 대한 헌법재판소의 결정이 시사하는 바가 무엇이며, 현재의 판단을 존중하면서도 향후 효율적인 규제를 위한 방안을 강구하고자 한다.

II. 인터넷상의 본인확인제 위헌결정에 대한 헌법적 평가

1. 개요

인터넷상 제한적 본인확인제라 함은 ‘주민등록번호 혹은 기타의 기술적인 실명인증방법을 통해서 본인으로 확인된 자만이 일정한 정보통신서비스를 이용할 수 있거나 게시판을 통해서 의사표현을 할 수 있고, 당해 정보통신서비스를 제공하는 자는 본인인증을 위한 기술적 조치를 구축해야 할 법적의무와 아울러 본인인증을 받지 않은 자에 의하여 게시된 의견이나 정보를 삭제하거나 차단해야 하는 법적의무와 제재조치를 부담하는 제도’를 말한다.³⁾ 이러한 인터넷상의 본인확인제는 소위 ‘인터넷실명제’라는 이름으로 통칭되어 왔는데, 인터넷상의 표현의 자유를 억압하는 기제로 기능해 왔다는 점에서 많은 비판을 받아 왔다.⁴⁾

3) 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법적 연구”, 『법학논총(한양대)』 제25집 제1호, 2008, 9-10면; 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 『헌법실무연구』 제12권, 2011, 484면.

4) 황성기, “인터넷 본인확인제에 대한 헌법재판소 위헌결정의 의의 및 전망”, 『KISO저널』 Vol. 8, 한국인터넷자율정책기구, 2012.8, 40면.

그러나 또 다른 측면에서 보면 인터넷 시장과 산업의 발달로 인해 정보의 생산과 더불어 콘텐츠의 유통구조에 자본의 논리가 개입하였고, 이러한 현상으로 인해 더욱 자극적이고, 선정적인 내용이 양산될 수밖에 없는 상황으로 전개되었던 측면을 간과할 수 없다. 특히 불법·청소년유해정보의 유통을 방지하는데 있어서 자본친화적인 인터넷 기업들이 소극적 입장을 취할 수밖에 없었던 현실을 고려한다면, 인터넷상의 표현에 대한 규제 중 본인을 확인하게 하는 제도는 당연히 유용하며, 또한 제한적 본인확인제는 전면적인 인터넷 실명제라고 보기 어렵기 때문에 헌법에 위반된다고 일의적으로 단정할 수 없다는 견해도 있다.⁵⁾

그러나 제한적 본인확인제가 사이버공간에서 인터넷의 역기능을 최소화하고, 건전한 인터넷 이용문화를 창출하기 위한 입법목적이 있다고 하더라도, 인터넷은 해방 이후 정치의사형성의 과정에 제대로 참여하지 못했던 국민들에게는 자신의 의사를 표현하는 유일한 창(窓)으로 기능을 해 왔으며, 또한 표현의 자유는 다른 자유권에 비하여 보다 강한 보호의 대상이 되어야 할 필요가 분명하기 때문에 이를 제한할 때에는 “명백하고 현존하는 위협의 원칙”을 준수하는 등 제한의 정도는 필요최소한에 그쳐야 한다. 올바른 입법목적에도 불구하고 본인확인제를 계속 강요하는 것은 국민들과 사업자들에게 과도한 부담만을 줄 위험성이 있었다.⁶⁾ 이와 같이 제한적 본인확인제 폐지와 관련하여 찬반 논리가 있는 상황에서 현재의 위헌결정은 인터넷 게시판의 이용자(Netizen)와 정보통신서비스제공자(OSP), 정부(Nation) 등과 같은 인터넷 지배구조의 주체들에게 건전한 인터넷문화의 형성과 표현의 자유 보장이라는 두 가지의 가치를 동시에 요구하고 있다고 해석된다.

2. 익명표현의 자유에 대한 헌법적 고찰

(1) 헌법상의 기본권성 인정 여부

‘익명표현의 자유’에 대한 논의의 본질은 이를 헌법상의 기본권에 포함할 수 있는지의 여부이다. 즉, 자신의 신원을 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 자유를 헌법적 가치로 승화시켜 보호할 이유가 있겠는가 하는 것이다.

헌법상의 권리성을 부정하고 있는 견해에 의하면 우리 헌법상 표현의 자유는 당연히 그 한계가 인정되는 것이고, 그러한 표현 행위로 인하여 국가, 사회, 타인의 권리나 이익이 침해되었을 경우에는 당해 행위에 대하여는 책임을 부과하는 것이 기본권 제한에 부합할 것이라고 본다. 만일 익명의 표현까지를 우리 헌법이 적극적으로 보장하는 것으로 해석한다

5) 황창근, “정보통신법상 본인확인제에 대한 공법적 고찰”, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 333-334면; 전정환, “인터넷실명제가 표현의 자유를 침해하여 위헌인지의 여부”, 『원광법학 제26권 제3호, 2010, 170-171면.

6) 지성우, 위의 논문, 2011, 519면.

면, 표현에 대한 책임추궁이 곤란할 뿐만 아니라, 무책임하고 악의적인 표현물로 인해 타인의 권리를 침해할 소지가 있으므로 인터넷 공간의 정화를 위하여 ‘익명표현의 자유’는 헌법상의 권리로 인정할 수 없다고 한다.⁷⁾

그러나 인터넷에서의 익명표현의 자유는 사회적 약자나 소수자들이 신분의 노출로 인한 불이익과 집단차별·보복 등에 대한 두려움 없이 자신의 사상을 자유로이 표현함으로써 다수가 강요하는 부당한 진리와 사상이 교정될 수 있는 가능성을 부여한다는 점에서 당연히 헌법상의 권리로 인정하여야 할 것이다.⁸⁾

더욱이 익명표현의 자유는 특별히 억압적이고 권위주의적인 국가의 통제 하에서 더욱 중요한 가치로 작용되기 때문에 사회적 약자나 소수자에게 익명표현의 자유는 보다 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

이에 대하여 미국 연방대법원은 전통적으로 기본권으로서의 익명표현의 자유를 인정하고 있다. 일찍이 1938년 *Lovell v. Griffen* 사건⁹⁾에서 등록하지 않고 인쇄물을 배포하는 것을 금지하는 Griffen시의 조례를 위헌이라고 판단하였으며, 1960년 연방대법원은 *Talley v. California* 사건¹⁰⁾에서 전단배포자의 신원확인을 강제하는 것은 익명표현의 권리(right to anonymous speech)를 침해하는 것이라고 결정하였다. 또한 1995년의 *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 사건¹¹⁾에서는 선거유인물을 발행하는 사람이나 선거본부의 이름과 주소가 명기되지 않은 경우에 그 유인물의 배포를 금지시킨 Ohio주 법률은 위헌이라고 판시하였다. 이와 같은 미국 법원의 태도와 입장은 우리에게도 시사하는 바가 크다고 하겠다. 우리 헌법 제18조는 통신의 비밀을 보장하고 있고, 통신비밀의 보장은 곧 언론자유와 전제조건이라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유는 우리 헌법상 보장된 권리라고 보아야 할 것이다.

(2) 익명표현의 자유의 제한 여부

익명표현의 자유를 헌법적 가치로 보호한다고 하더라도 익명표현의 자유가 절대적 자유권인가의 문제가 발생한다. 표현의 자유는 정신적 자유권의 중핵일 뿐 만 아니라 민주사회의 초석이 되므로 최대한 보장하여야 한다.

그러나 표현의 자유가 자유민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 존립을 위태롭게 하는 경우 또는 타인의 명예를 훼손하거나 반하는 경우에는 표현의 자유를 이유로 보호받을 수 없다. 표현의 자유 역시 우리 헌법의 기본권 제한의 일반원칙에 의하여 제한될 수밖에 없는 기본권임을 고려할 때 일정 부분의 한계는 존재한다고 보아야 하기 때문이다.¹²⁾

7) 강경근, “인터넷실명제 - 공공·민간 나누어 개별법에서 구체적 제도화”, 「인터넷실명제 민·당·정 간담회 자료」, 2005, 11면.

8) 지성우, 위의 논문, 2011, 512면.

9) 303 U.S. 444(1938).

10) 362 U.S. 60(1960).

11) 514 U.S. 334(1995).

즉, 익명으로 타인의 명예를 훼손하거나, 저작권을 침해하거나, 불법정보인 음란물이나 아동포르노를 배포하는 권리는 인정되지 않는다¹³⁾는 것이다. 이 점에 대하여 독일 기본법 제18조에서는 “의견발표의 자유, 특히 출판의 자유 … 등을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위하여 남용하는 자는 그 기본권을 상실한다.”라고 규정하고 있는 반면, 미국 수정헌법 제1조는 “연방의회는 … 언론, 출판의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 그러나 미국의 경우에도 연방대법원의 판결을 통하여 명예훼손, 외설적 언사 및 폭언 등의 경우에는 표현의 자유가 제한될 수 있다고 보고 있다.¹⁴⁾

이와 같이 표현의 자유는 민주주의의 가치를 수호하기 위한 가장 핵심적인 자유권이지만 만 우리 헌법 제37조 2항에 의하여 일정한 조건하에서 제한이 가능한 것으로 보아야 한다.

(3) 본인확인제의 헌법상 기본권 제한의 한계

우리 헌법 제37조 2항은 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.」라고 규정하고 있다. 이는 기본권제한의 한계를 벗어나는 과도한 제한일 경우 더 이상 합헌적인 ‘기본권의 제한’이 아닌 위헌적인 ‘기본권의 침해’를 구성하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 기본권의 제한 역시 무제한적인 것이 아니라 ‘기본권의 본질적인 내용의 침해 금지’와 ‘인권을 극도로 제한하는 내용’의 제한은 허용될 수 없다. 만일 이러한 제한의 한계를 벗어나면 기본권의 침해를 구성하게 되는 것이며, 이 경우에 국가기관은 단독 또는 당해 행위의 당사자와 연대하여 침해행위를 구제해 주어야 한다.

여기에서 중요한 것은 기본권의 제한과 침해의 양자를 구별하는 기준인데, 일반적으로는 기본권에 대한 제한행위가 있는 경우, 당해 제한행위가 ‘합헌적인 기본권의 제한’인지 또는 ‘기본권 제한의 한계를 벗어난 침해’인지의 여부를 판단하는 기준은 일반적으로 ‘과잉금지의 원칙’을 활용하고 있다.¹⁵⁾

‘과잉금지의 원칙’이란 국민의 기본권을 제한하는 법률은 ‘목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성’ 등의 4가지 하부원칙을 준수하여야 한다는 원칙이다. 즉 기본권을 제한하는 입법목적의 정당성과 그 목적 달성을 위한 방법이 효과적이고 적합하여야 하며, 입법자가 선택한 기본권 제한 조치가 입법목적 달성을 위해 적절한 것이라 하더라도 더욱 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한이 필요최소한에 그쳐야 하고, 기

12) 지성우, 위의 논문, 2011, 514면.

13) 윤명선, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 『인터넷·언론·법』, 한국법제연구원, 2002, 28-29면. 여기에서는 익명성의 보장은 표현자의 프라이버시 보호와 언론의 활성화를 위한 중요한 수단임을 인정하면서도, 익명성을 절대적 권리로 인정할 수 없다고 설명하고 있다.

14) Robertson v. Baldwin 사건, 165 U.S 295(1895).

15) 지성우, 위의 논문, 2011, 515면.

본권 제한 입법에 의하여 보호하려는 이익과 침해되는 사익을 비교하여 공익이 더 크거나, 양자 사이에 균형이 유지되도록 해야 함을 의미한다.

3. 헌법재판소에 의한 위헌결정의 의의와 내용

(1) 기본권 침해여부의 판단

우리 헌법재판소는 「정보통신망법」 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 인터넷 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하였는지의 여부에 대해 판단하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 「정보통신망법」의 규정이 기본권을 침해했는가의 여부에 대한 판단기준으로 과잉금지원칙을 제시하였고, 이 기준에 근거하여 동법의 해당 조항이 인터넷 이용자의 표현의 자유와 개인정보자기결정권, 그리고 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해하고 있다고 판단하였다. 과잉금지원칙에 따른 헌법재판소의 판단을 구체적으로 분석해 보면 다음과 같다.

1) 목적의 정당성과 방법의 적절성 여부

헌법재판소는 「정보통신망법」의 본인확인제는 ‘인터넷게시판에 타인의 명예를 훼손하는 등의 불법정보를 게시하는 것을 억제하고, 불법정보의 게시로 피해가 발생한 경우 가해자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 건전한 인터넷문화를 조성하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다.’라고 판단하였다.

헌법재판소는 이 제도가 인터넷 게시판을 보다 책임 있는 공론의 장이 되도록 유도하며, 건전한 인터넷문화를 조성하기 위한 것이므로 정당한 목적달성에 기여하는 적합한 수단이라고 판단한 것이다.

2) 침해의 최소성 원칙 위반 여부

피해의 최소성이라 함은 입법자가 선택한 기본권의 제한조치가 입법목적의 달성을 위하여 적절한 것일지라도 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한이 되게 하여야 한다는 것이다. 이는 입법자가 선택한 기본권의 제한 조치가 입법목적의 달성을 위하여 필요하고 불가피한 수단이어야 한다는 것을 의미한다.

헌법재판소는 침해의 최소성 여부에 대하여는 ‘인터넷게시판 운영자에게 게시판 이용자에 대한 본인확인조치를 하도록 하여 게시판 이용자가 본인확인절차를 거치지 아니하면 인터넷 게시판에 정보를 게시할 수 없도록 하는 본인확인제는 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것’으로서 침해의 최소성을 인정하지 않고 과도한 침해라고 판시하였다.

이러한 판단의 근거로 헌법재판소는 본인확인제가 아니더라도 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성될 수 있

음에도 불구하고, 본인확인제는 그 입법목적 달성에 필요한 수준을 넘어서 광범위하고, 자의적인 본인확인 조치가 이루어지며, 개인정보의 사실상 무기한 보관이 가능하다는 점을 지적하였다.¹⁶⁾

3) 법익의 균형성 인정여부

법익의 균형성이라 함은 기본권의 제한이 의도하고 있는 공익과 그 제한에 의하여 야기되는 사적인 불이익을 비교 형량하여 양자 간에 합리적인 균형관계가 성립함을 의미한다.

이 사건에서 법익의 균형성 인정을 판단함에 있어서 헌법재판소는 본인확인제로 인하여 게시판 이용자 및 정보통신서비스제공자가 입게 되는 불이익이 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 역시 인정하지 않았다.

그 근거로 첫째, 표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 하는데, 본인확인제 시행 이후에 명예훼손 등의 불법정보의 게시가 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없다는 점, 둘째, 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행에 대한 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있다는 점, 셋째, 본인확인제의 적용을 받지 않는 모바일 게시판, 소셜 네트워크 서비스 등 새로운 의사소통 수단의 등장으로 말미암아 본인확인제는 그 공익성을 인터넷 공간의 아주 제한된 범위에서만 실현하게 되었다는 점을 들고 있다.

현재는 오히려 본인확인제로 인하여 인터넷 이용자는 자신의 신원노출에 따른 규제나 처벌 등을 염려하여 표현 자체를 포기할 가능성이 높고, 외국인이나 주민등록번호가 없는 재외국민은 인터넷게시판의 이용이 봉쇄되며, 새롭게 등장한 정보통신망의 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자는 업무상 불리한 제한을 당할 수 있고, 본인확인정보의 보관으로 인하여 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었다고 지적하고 있다.

현재는 이러한 이유로 중국적으로 본인확인제에 대하여 당해 사건의 법령조항들이 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인 등의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론의 자유 등의 기본권을 침해한다고 판단하였다.

4. 헌재결정에 대한 소견

헌법재판소의 「정보통신망법」상 이른바 제한적 ‘본인확인제’에 대한 위헌 결정의 논거는 피해의 최소성(과도제한론) 원칙과 법익형량(균형상실론)의 불균형에 있다.

인터넷 실명제는 그 수단이나 방법, 영향을 받는 사람 등에 비추어 익명표현의 자유에

16) 심우민, “인터넷실명제 위헌결정과 향후 과제”, 「이슈와 논점」 524호, 국회입법조사처, 2012.9.4.

대한 과도한 제한으로서, 민주주의의 근간인 표현의 자유에 대한 사전 제한을 정당화하기 위하여 그러한 제한으로 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다. 그러나 일반인들은 본인확인제로 인하여 신원노출에 따른 규제나 처벌 등을 염려하여 표현 자체를 포기할 가능성이 높고, 그들이 입게 되는 불이익과 본인확인제가 달성하려는 공익 간에도 균형이 상실되었다는 것이 현재의 주된 논거이다.

표현의 자유는 자유민주주의 국가에서 기본권의 영역 가운데 가장 중요한 가치 중의 하나이고, 본인확인제가 그 입법목적의 정당성을 확보하고 있다고 하더라도 피해의 최소성과 이익형량의 기준을 충족하지 못하는 것이기 때문에 위헌으로 판단한 헌법재판소의 견해는 존중되어야 할 것이다.

다만, 우리나라의 경우 1990년대 후반부터 인터넷이 본격적으로 보급되기 시작한 이후 수많은 역기능이 속출하였으며, 이러한 역기능은 주로 책임의식이 결여된 인터넷사용자에 의해 자행되었다는 점도 보다 신중히 고려되어야 했을 것이다.

현재는 이 결정에서 현재 우리나라에서는 '비대면성'에서 발생하는 개인의 책임의식 결여와 이로 인한 정보화의 역기능 문제보다는 '익명성 보장'을 통해 표현의 자유를 제고하는 것이 더욱 중요한 헌법적 가치라고 보았다. 이는 다양한 역기능에도 불구하고 표현의 자유가 헌법적 가치로 더욱 보호되어야 하는 것을 의미한다. 또한 익명성과 비대면성으로부터 파생될 수 있는 다양한 부정적 기능에 대해서는 규제에 대한 사회적 합의와 성숙한 여론 문화의 조성을 통해 국민 의식전환과 더불어 적절한 대응책을 마련하라는 시대적 요구에 따른 결정이다. 따라서 향후 현재의 결정을 존중하는 정부의 절제된 정책과 입법적 판단, 그리고 인터넷상 공동체의 자율적 규제에 대한 폭넓은 논의와 수용이 있어야 할 것이라고 생각한다.

III. 인터넷상 표현물 규제에 대한 논의

인터넷상 제한적 본인확인제의 입법목적은 헌법재판소 역시 정당한 것이라고 판단하고 있지만 과잉침해금지 원칙 중 침해의 최소성에 위반된다는 현재의 결정은 새로운 대응책을 요구하고 있다. 이와 관련하여 민간 사업자들이 시행하고 있는 자체적 실명제는 일응 강제력 있는 법률이 개입하는 형태가 아니므로 자율규제의 일환으로 볼 수도 있을 것이다.

그러나 이러한 사업자들의 자체검열은 인터넷 이용자의 표현의 자유와 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 내지 영업의 자유간의 충돌문제가 발생할 수 있다. 즉, 헌법상 대사인적 효력에 관한 문제가 발생한다. 따라서 이러한 헌법적 문제를 해소하기 위해서는 인터넷 표현물의 규제에 대한 논의를 다양한 시각에서 살펴보아야 할 것이다.

1. 인터넷상의 표현에 대한 국가공권력의 개입

(1) 심사주체의 문제

표현의 자유는 민주주의 사회의 초석으로서 최대한 보장을 받아야 할 것이기에 미국에서는 다른 자유권에 비해 우월한 지위를 부여하는 이론들이 형성되어 왔다.¹⁷⁾

인터넷공간이 많은 국민들의 공론의 장이 형성되는 공간이므로 강제적으로 실명확인 을 통해 가입여부를 확정하고, 이에 따른 수많은 개인 신상정보를 온라인서비스 제공자 에게 넘겨주는 과정은 자유국가의 이념에 비취볼 때 적절한 방법이 아닐 뿐만 아니라 표현의 자유가 위축되고, 개인정보자기결정권이라는 헌법적 가치가 크게 훼손될 소지가 있다.

즉, 현행 「정보통신망법」상의 규제는 인터넷 공간을 과도하게 제한하는 법과 제도에 의 하여 움직이는 공간으로 만들어 갈 우려가 있다. 이로 인해 익명으로 인한 폐해보다도 표현의 위축과 개인정보 유출이라는 더욱 심각한 문제를 야기할 수 있는 위험성이 있다.

더욱이 우리 헌법체계상 표현물에 대한 규제는 사전검열이나 허가를 원칙적으로 금지 하고 있으므로 인터넷상의 표현에 대한 제재는 사법부에 의한 사후심사를 본질로 한다.¹⁸⁾ 하지만 인터넷상의 표현물 심사는 이러한 헌법상의 표현규제의 예외를 상당부분 허용하고 있다. 물론 표현의 자유 역시 절대적 자유는 아니므로 헌법 제37조 2항에 따라 제한될 수 있는 권리임에는 분명하다. 그럼에도 불구하고 인터넷상 표현에 대하여 문제가 있다는 판 단을 하게 되면 방통심의위에 의하여 그 표현물에 대한 심사와 제재를 받게 되므로 이는 간접적으로 국가권력이 의한 정보통신물에 대한 표현을 심사하게 되는 결과가 되고, 자칫 표현을 억압하는 구조로 작용할 수도 있다.

인터넷상의 명예훼손적 표현물에 대해서는 언론중재위원회와 방통심의위 등이 판단을 하는데 그 구성에 대한 자율성과 독립성에 대하여 살펴보도록 한다.

언론중재위원회의 조직구성과 재원은 문화체육관광부장관이 중재위원의 위촉의 주체라 는 점과 위원회의 운영재원은 방송통신발전기금으로 하며, 정부는 예산의 범위 내에서 보 조금의 지원을 할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이는 언론중재위원회가 직무상 그 독립성

17) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 578~585면.

18) 헌법재판소는 기본권 제한의 경우 명확성의 판단주체로 통상인을 제시하고 있다. 그러나 미국과 같이 배심원제도를 통하여 배심원이 통상인의 입장에서 명확성여부를 판단 하는 제도가 아닌 우리의 경우에는 법관이 통상인의 입장에서 판단하고 있다는 점에서 사법부에 의한 판단 또한 문제점이 없다고 할 수 없다. 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 『헌법학연구』 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001, 286~287면.

19) 「언론중재 및 피해구조 등에 관한 법률」 제7조 3항 및 제12조. 「방송통신발전기금법」 제24조에는 “미래창조과학부장관과 방송통신위원회는 방송통신의 진흥을 지원하기 위하여 방송통신발전기금을 설치 한다.”라고 규정하고 있다.

을 보장하고 있다는 규정²⁰⁾에도 불구하고, 구성의 독립성과 재원에 있어서의 자립성을 보장받기 어려운 구조라는 것이다. 즉, 정부의 영향력에서 자유로울 수 없으며, 이는 정부의 성향에 따라 중립적이지 못한 인사가 이루어질 수 있는 상황을 배제하기 어렵다고 본다.

방통심의위와 방송통신위원회의 조직구성을 보면 방송통신위원회의 위원은 위원장을 포함하여 5인으로 구성되어 있다. 이중 위원장 1인을 포함한 2인은 대통령이 지명하고, 3인은 국회에서 추천한자를 대통령이 임명하도록 되어 있다. 국회의 추천은 대통령이 소속되어 있는 교섭단체가 1인, 그 외 교섭단체가 2인을 추천하도록 되어 있으나, 결국 전체 위원 5인 중 위원장을 포함하여 친 정부성향이 3인이 된다. 또한 방통심의위의 9인 중 3인은 국회의장이 국회 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한자를 위촉하고, 3인은 국회의 소관 상임위원회에서 추천한자를 대통령이 위촉하도록 되어 있다.²¹⁾ 그러나 이 또한 대통령이 3인을 지명하고 있고, 보통은 여야 동수로 3인씩을 각각 추천해 오고 있으므로 6:3의 비율로 구성되어 있다고 할 수 있다.

이러한 관련 법규에 따른 인사와 재원의 문제는 자칫 위원회의 독립성과 자율성을 해하고, 정부에 의한 표현의 심사가 진행될 수 있다는 점에서 방송통신위원회와 방통심의위 그리고 언론중재위원회의 구성에 관한 규정은 재검토가 필요하다고 할 수 있다. 이러한 구성에 관한 불합리성을 해소하기 위해서는 무엇보다 대통령과 국회 등 정치적 이해관계가 있는 국가기관의 추천인원을 줄이고, 관련 학회, 방송관련 시민단체, 정보통신서비스제공자 등으로 구성된 인사추천위원회를 구성하여 민간영역의 참여를 확대시키는 방법이 유용하다. 이러한 방법은 규제기구의 조직구성에 있어서 국민적 합의라는 측면을 고려하는 것이라 할 수 있다.

한편, 표현물에 대한 내용심사는 심의위원회가 그 독립성을 유지한다고 하여도 표현을 심의하는 기관을 위원회와 사법부로 이원화할 필요가 있는지는 여전히 문제의 소지가 있다. 만약, 방통심의위의 판단에 의하여 그 당시에 표현이 억압된다면, 실질적으로 표현의 자유는 이미 침해되었다고 볼 수 있고, 방통심의위에 불복하여 법원으로 사건이 이송된다면 이는 심의위원회의 판단은 무의미해지는 결과가 되기 때문이다. 그리고 방통심의위와 사법부의 기준이 다르다면, '자율규제'의 기준에 혼동이 발생할 수 있기 때문에 방통심의위와 사법부의 판단 간의 간극을 메우려는 적극적인 노력이 필요할 것이다.

(2) 표현물의 내용 규제에 의한 위축효과

우리 헌법재판소는 헌법상 표현의 자유를 '사상의 자유시장'이론에 입각하여 해석하고

20) 「언론중재 및 피해구조 등에 관한 법률」 제8조.

21) 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조 2항, 3항.

있다. 이를 최초로 언급한 미국 연방대법관인 홀즈(O. Holmes)는 ‘진리를 발견하기 위한 최상의 방법은 사상의 자유시장에서의 경쟁을 통한 수용’이라고 보았다. 즉, 표현에 있어서 국가에 의한 개입을 예외적인 것으로 파악하였다.²²⁾ 누구나 양심에 따라 표현할 수 있는 자유를 보장하고, 그러한 표현은 시장에서의 자유로운 경쟁을 통하여 정화된다는 사상의 자유시장이론은 민주주의에 있어서 매우 중요한 가치를 지니고 있다. 만약 표현에 대하여 국가가 일일이 간섭을 하고 그에 대하여 처벌한다면, 사상의 자유시장은 더 이상 유지되지 못할 것이다. 법집행기관에 의한 사상을 심사할 권한이 부여된다면, 법집행기관의 자의적인 판단에 의한 표현의 검열이 자행될 것이기 때문이다.²³⁾ 따라서 자유민주주의 국가에서의 국가권력은 표현에 대한 심사를 최대한 자제해야 한다.

이러한 측면에서 2008년 발의된 바 있는 사이버모욕죄 등은 인터넷상의 익명성으로 인한 폐해와 소위 ‘퍼나르기’ 라고 하는 불법정보의 유통을 근절하기 위한 입법목적에도 불구하고, 인터넷상의 표현의 자유가 현저히 ‘위축’될 것으로 예측되었기 때문에 보다 신중하게 재고할 것이 요청되었다. 또한 언론시장의 규제에 있어 국가가 조직과 재정적 지원을 통해 직·간접적으로 개입하는 것은 여론의 올바른 발전을 위해서도 바람직하지 않다. 따라서 국가가 개입할 수 있는 여지를 최소화하는 방법을 찾는 것이 대안인데, 인터넷상의 표현물에 대한 국가의 개입은 수단의 적절성과 피해의 최소성 원칙에 부합해야 할 것이다. 특히 정치적 표현물에 대한 국가의 개입은 표현자체를 매우 위축시키는 효과를 발생시킬 수 있으므로 최대한 자제되어야 한다.

아울러 국회의 입법을 통하여 모든 사이버상의 도덕과 윤리문제를 해결하려고 하는 것도 바람직하지 않다. 이는 ‘입법만능주의’로 흐를 가능성이 있기 때문이다. 입법만능주의는 첫째, 법과 도덕의 일치를 강요하는 것은 상이한 가치관을 용인하고 있는 자유민주주의 체제와의 조화가 어렵고, 둘째, 형법에 있어서의 도덕의 과잉현상 및 법률의 과잉이 초래되어 과범죄화 경향이 나타날 수 있다. 이러한 입법만능주의는 표현의 자유를 더욱 훼손시킬 수 있을 뿐만 아니라 개인의 자유와 권리에 대한 제한은 필요최소한으로 그쳐야 한다는 우리 헌법 정신에도 부합하지 않는다.

2. 인터넷상의 기본권 확장에 대한 논의

(1) 인터넷의 민간 거버넌스와 기본권 효력의 확장

자유민주주의 국가에서의 표현에 대한 권리 확장은 민주주의 역사와 그 궤를 함께 하고

22) 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홀즈(Mr. Justice Oliver W. Holmes)를 중심으로-”, 『토지공법연구』 제33집, 2005, 314-318면.

23) 임영덕·김형성, “위축효과에 대한 비교법적 고찰”, 『성균관법학』 제21권 제2호, 2009, 1-7면.

있다. 과학문명의 발달로 인한 새로운 매체의 등장은 표현에 대한 자유와 그 한계 사이에서 많은 규범적 논쟁거리를 제공해 왔다.

인터넷미디어의 등장으로 그 표현이 정치적 표현이든 소규모 공동체의 문화에 관한 표현이든, 민주문화(Democratic Culture) 조성에서의 ‘참여’ 확장이라는 관점에서는 중요한 의미가 있다.²⁴⁾

그리고 인터넷 공간에서 표현의 자유는 국가의 역할 뿐만 아니라 ‘인터넷 민간 거버넌스(Internet Private Governance)에 의한 기술적 환경을 통하여도 보장된다. 이러한 현상은 향후 인터넷 공간에서의 온라인서비스제공자(OSP)나 시스템운영관리자(SYSOP)를 제외하고 표현의 자유를 논의하는 것은 무의미할 수밖에 없다는 것이며, 결국 인터넷상의 대사인적 효력에 대한 논의가 필요하다는 것을 의미한다.

이러한 인터넷상 표현물에 대한 대사인적 효력의 주체로서는 첫째, 인터넷 공간에서 직접 표현행위를 하는 이용자, 즉 누리꾼(Netizen)의 표현의 자유이다. 둘째, 정보통신망을 이용하여 온라인서비스제공자(OSP)의 인터넷 공간을 계획하고, 구성·유지할 수 있는 자유이다. 따라서 인터넷상 대사인적 효력의 확장의 궁극적인 지향점은 인터넷공간에서의 온라인서비스제공자(OSP)와 누리꾼(Netizen)이 서로 작용하는 가운데 인터넷공간을 더욱 발전시키고, 이들의 자유로운 상호작용으로 인하여 민주주의의 건전한 진화를 유도하는 것이다.²⁵⁾ 그러나 실제에서는 인터넷공간을 조성하는 인터넷온라인서비스제공자(OSP)와 그러한 공간에서 행위하는 자(Netizen)의 사이의 관계는 일반적으로 계약의 형태로 형성된다. 이 과정에서 인터넷공간을 조성하는 자(OSP)에게는 막강한 자본력과 공간 장악력에 기초하여 상당한 권한이 주어지게 된다.

더욱이 상업적인 이익을 추구하는 온라인서비스제공자는(OSP)는 네티즌의 개인정보를 이용할 수 있는 환경이 조성되어 있다. 이에 대한 법적 규제가 이루어진다고 하더라도 개인의 권리가 크게 훼손할 가능성이 없지 않으므로, 절대적 영향력을 가지고 있는 사정부(Private Government)인 온라인 서비스제공자를 적절하게 규제할 수 있는 합리적인 제도의 보완이 요구된다.

즉, 인터넷의 민간 거버넌스는 법(Law)이 아닌, 코드(Code)와 계약(Contact)을 수단으로 하여 인터넷구조를 형성하고 유지된다. 따라서 이러한 사적 관계에서 막강한 권한을 가진 온라인서비스제공자는 자본에 의한 독과점을 형성할 수 있고, 이는 일반국민의 선택의 폭을 축소시켜 인터넷을 이용하는 개인들에게 표현의 제약을 받는 약자의 위치에 놓이도록 강요한다.²⁶⁾ 오늘날 기본권의 효력이 사인 간에 확장되어야 한다는 이론은 일반화되어 있

24) Jack M. Balkin, *Law and Liberty in virtual World*, 1 N.Y.L. Sch. L. REV. 63, 64, 2003-2004, p.68.

25) *Ibid*, p.63.

26) 전 세계적으로 구글(Google)이 막대한 시장점유율을 차지하고 있으며, 우리나라의 경우에도 네이버(Naver)등의 시장지배력이 높아지고 있다. 현재는 인터넷기업들이 자사의 서비스를 개방하는 정책을

고, 자본주의의 고도화에 따른 자본 세력과 개인 간의 힘의 불균형에 대한 조정이라는 측면에서 조직화되지 아니한 개인의 기본권은 인터넷상에서도 보호되어야 할 필요가 있다. 따라서 기본권의 대사인적 효력이론은 인터넷의 민간 거버넌스(Private Government)관계를 형성하는 온라인서비스제공자(OSP)와 이용자인 개인(Netizen) 사이에 적극적으로 적용되어야 한다.

(2) 인터넷상 기본권의 대사인적 효력이론의 확장방법

최근 인터넷공간에서의 표현의 자유를 더욱 강하게 보장하기 위하여 기본권의 대사인적 효력이론을 확장하는 것이 필요하게 되었다.

인터넷공간에서의 대사인적 효력을 인정해야 할 이유로는 첫째, 인터넷공간에서의 권리 창출은 온라인서비스제공자(OSP)가 제시하는 약관에 의하여 이용자와의 권리관계가 확정되고, 이에 동의하지 않을 경우에는 서비스 이용이 제한되는데, 이는 이용자(Netizen)에게 매우 불리하게 작동하고 있다. 둘째, 온라인서비스제공자(OSP)는 향후 독과점을 형성하고, 시장에서 지배적 사업자로서의 지위를 이용하여 불리한 약관을 제시할 가능성이 있고, 누리꾼(Netizen) 온라인서비스제공자를 자유롭게 선택할 수 없게 되므로 선택가능성이 줄어들게 된다. 셋째, 온라인서비스제공자(OSP)로부터 표현의 자유를 침해당하는 경우에도 이용자는 불합리한 약관과 권리제한에 대하여 스스로의 동의가 있으므로 권리구제를 받기가 더욱 어려워 질 수 있다.

이러한 이유로 온라인서비스제공자와 누리꾼들 사이의 힘의 불균형으로 인한 부작용을 최소화하기 위해서는 기본권의 대사인적 효력의 확장이 필요하다. 이렇게 대사인적 효력을 확장하기 위해 다음과 같은 다양한 방법들이 논의되고 있다.

첫째, 기본권의 대사인적 효력을 헌법에 명시하는 방법이 있다.

이렇게 헌법에 명시하는 것이 가장 확실하게 기본권의 대사인적 효력을 보장하는 방법이 될 것이다.²⁷⁾

둘째, 입법에 의해 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 방법이 있다.

이는 헌법 제37조 2항에 근거하여 입법을 통해서 기본권의 대사인적 효력을 명시하는 방법인데, 우리나라에서는 남녀평등과 강제노역금지를 규정한 「근로기준법」, 「남녀고용평

취하고 있지만 그들이 제공하는 서비스는 여전히 절대적 영향력을 가지고 있다.

27) 우리 현행 헌법에는 독일 기본법(제9조 제3항)처럼 ‘근로자의 단결권’(제33조)에 관해서 직접적 사인효력을 인정하는 명문규정을 두지도 않았고, 사인간의 기본권효력을 부인하는 명문의 규정도 없다. 다만 ‘언론·출판의 자유’에 관해서 그 한계와 책임을 명시하는 규정(제21조 제4항)을 둬으로써 사인 간에도 경우에 따라서는 기본권에 의한 권리침해가 발생할 수 있다는 점을 암시하고 있을 뿐이다. 따라서 사인간의 기본권효력을 인정할 것인지의 여부와 인정한다면 어떠한 방법과 절차를 통해서 기본권을 사인 간에 적용할 것인지의 문제는 전적으로 학설과 판례에 일임되고 있다고 볼 수 있다. 허영, 『헌법이론과 헌법』 신6판, 박영사, 2013, 439면.

등법」, 정정보도청구권 및 반론보도청구권을 규정한 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 등에 근거 규정을 두고 있다.²⁸⁾ 한편, 미국에서도 인종차별을 금지하는 미국의 시민권법(Civil Right Act)과 같은 법률이 있다.

셋째, 헌법해석에 의하는 방법이 있다.

헌법해석에 의하는 방법은 헌법이나 법률에 명문의 규정이 없거나 불명확할 때, 헌법해석을 통하여 기본권의 대사인적 효력을 확장하는 방법이다.

이와 같이 기본권의 대사인적 효력의 확장을 통하여, 민주적 여론의 건전한 형성을 도모하고, 인터넷상의 상대적 약자인 국민 개개인의 표현의 자유를 보장하는 한편, 이를 통해 사회적 갈등에 대한 합리적 해소를 위해 기본권의 대사인적 효력이론을 인터넷상의 법률관계에 적용하는 것을 적극 검토해야 할 것이다.

IV. 인터넷 공동체의 자율규제와 국가개입의 보충성

1. 자율규제의 의의

위에서 살펴본 바와 같이 인터넷의 사적 영역에서의 대사인적 효력의 확장 적용은 국민의 표현의 자유를 증진하는 데 크게 도움이 될 것이다. 그렇다고 해서 무정부주의자를 제외하고는 인터넷상의 정부규제를 대한 전면적으로 거부하는 견해는 없다. 오히려 인터넷공간에서의 국가의 개입과 규제확대를 주장하기도 한다.²⁹⁾

그러나 사이버 공간에서는 정부의 규제가 필요최소한에 그쳐야 한다는 보충성의 원칙이 적용되어야 할 영역이라는 점에서 인터넷상의 규제는 자율규제를 중심으로 논의되어야 하며, 국가의 개입은 보충적이어야 한다.

자율적 거버넌스(Self-governance) 혹은 비정부규제(Non Governmental Regulation)³⁰⁾라는 것은 표현행위의 주체가 외부의 압력이나 간섭 없이 스스로 선택하고 통제할 수 있는 자기지배를 의미한다. 여기에는 표현에 대한 내외의 압력이나 간섭을 대신하여 공동체 스스로 자유에 상응하는 책임과 윤리의식을 확보하고자 하는 요청이 내재되어 있다. 즉, 표현물에 대한 일정한 규제의 필요성은 인정하나 정부의 직접적인 개입을 반대한다면 자율규제가 적절한 대안으로 평가될 수 있다. 실제 인터넷공간에서의 네티켓(Netiquette)은 네티즌 사이에서 발생할 수 있는 다양한 문제를 해결하기 위하여 타인에 대한 예의와 질서

28) 성낙인, 앞의 책, 2013, 351-352면.

29) Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV, p.1201, 1998.

30) Gendle Irene Belmas, *Cyberliberties and CyberLaw: A New Approach to Online Legal Problem-Solving*, U. Minnesota L. REV, p.34-38, 2002.

를 세우고 스스로를 규제하게 되는데, 이는 인터넷상의 도덕규범의 원칙이라고 할 수 있다. 이러한 자율규제는 법에 의한 규제에 비하여 구속력과 실효성이 약하고, 범위가 제한되는 단점이 있지만, 인터넷 공간에서 법적 규제의 한계를 극복할 수 있는 대안으로 언급되고 있다.

자율규제를 강조하는 이유로는 다음과 같은 점이 주장되고 있다.

첫째, 인터넷공간은 형성과 발전이 어느 정도의 독립성과 자율성을 토대로 이루어졌으며, 정부의 규제가 실효를 거두기 어렵다는 측면이 있다.

둘째, 기술적인 측면에서 인터넷공간의 익명성과 비대면성 그리고 주민번호의 도용 등과 같은 실제 게시물의 작성자가 명의도용을 하는 경우에는 표현행위자를 찾는 데 어려움이 있다.³¹⁾

셋째, 인터넷공간에서 활동하는 주체들은 인터넷공간의 기술적인 속성을 잘 이해하고 있기 때문에 국가기구보다 더 효율적인 해결방안을 제시할 수 있다는 것이다.³²⁾

넷째, 범세계적인 네트워크를 특정 국가의 주권이 효력을 미치는 데에도 한계가 있다고 한다.³³⁾

위와 같은 점을 고려하면 인터넷상 표현물에 대한 자율규제는 표현의 자유를 보장함과 동시에 인터넷공동체상의 온라인서비스제공자와 누리꾼 등이 스스로의 자율과 통제를 기반으로 하는 공감대를 형성하기 때문에 정부규제보다 적합한 규제라고 할 수 있다.

오늘날 인터넷은 과거에 비하여 국민의 표현의 자유를 더욱 신장시킴으로써 민주주의 실현이라는 공적인 기능을 수행하고 있다. 인터넷은 사적인 의사소통의 공간을 제공할 뿐만 아니라 다양한 의견들이 경합하는 사상의 자유시장으로서의 기능을 하고 있는 점에서 국가의 역할은 최소화되어야 한다.

더욱이 인터넷공간에서의 표현은 매스미디어와는 달리 물리적 공간의 한계를 초월한 관념적 공간에서 시간적 제한을 받지 않고, 경우에 따라서는 신분을 불문하고 누구나 열람할 수 있으며, 또한 실시간으로 직접 상호간에 대화가 가능하기 때문에 매스미디어와는 다른 특성이 인정되고 있다. 또한 인터넷은 누구나 쉽게 접촉할 수 있고, 이용목적·용도의 다양성 등으로 인하여 공적 기능의 측면이 강조되고 있다. 이러한 인터넷의 복합적 특성 때문에 인터넷상의 규제는 정부규제보다는 자율규제를 통해 해결하는 것이 바람직하다.

2. 인터넷자율규제의 유형과 주체

국가(Government)는 공익(Public Interest)을 추구하고, 법(Law)에 의한 합리성을 부여

31) 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구; 방송·통신의 융합에 대응한 언론매체 규제제도의 개선 방안”, 박사학위 청구논문(서울대), 1997, 193면.

32) 황성기, “위의 논문”, 1997, 233면.

33) 임영덕, “인터넷내용규제에 관한 연구”, 박사학위 청구논문(성균관대), 2010, 228면.

받으며 규제(Regulation)를 통하여 관리되는 공적기관이다. 인터넷 규제에 있어서도 여전히 국가가 가지는 우월적 지위에 따라 가장 강력한 통제시스템을 활용할 수 있다.

이에 비하여 인터넷공간을 구성하고 유지하는 온라인 서비스제공자는 인터넷 공간을 창조·유지·발전시키는 주체이다. 이들은 주로 경제적 이윤을 추구하는 기업의 형태를 가지고 있으며, 인터넷상의 통제력은 민간의 거버넌스에 기반한 계약(Contact)과 코드(Code)를 통하여 이루어진다. 이러한 온라인서비스제공자 역시 누리꾼(Netizen)에 비하여 경제적, 기술적으로 월등한 권한을 가지고 있다. 그리고 누리꾼들은 헌법상 기본권의 주체이며, 인터넷공간에서 활동하는 대다수의 주체들이고, 민주(Democracy)를 추구하고, 공동의견(Public Comment)을 통하여 합리성을 부여받는다. 이들은 공동체의 합의에 의한 자율규제로 통제된다.

책임분배구조에 측면에서 현재 시행되고 있는 우리의 자율규제는 ‘시장규제’ 모델을 취하고 있는 것으로 보인다. ‘시장규제’ 모델은 국가나 이용자에 의한 규제가 아니라, 온라인 서비스 제공자(OSP)라는 기업이 경제적 이익에 따라 자율적으로 규제하도록 하는 구조이며, 이용자(Netizen)는 단지 인터넷 기업을 선택할 수 있을 뿐이다.

시장규제의 특성은 시장에 의한 자율적 메커니즘의 확보를 통하여 권리보호가 이루어지는 다소 이상적인 성격을 지니고 있다. 하지만 순수한 시장경제는 현실적으로는 스스로의 욕구를 억제하고 감시하는 데 한계가 있으며,³⁴⁾ 시장이 독과점화되면서, 제 기능을 발휘할 수 없게 될 가능성이 높다.

따라서 이와 같은 불합리한 시장규제 모델보다는 ‘공동체 자율규제’ 모델이 자기지배가 중시되는 인터넷상 표현의 자유를 증진시키는데 더 적합할 것이다. 이 모델은 ‘민주주의’의 관점에서 가장 적합한 인터넷 규제모델이다.³⁵⁾

실제로 인터넷공동체를 자세히 살펴보면, 완전히 윤리가 상실된 공간이 아니라는 사실을 알 수 있다. 대부분의 경우 인터넷공동체는 관리자에 의하여 당해 공동체 내에서 비윤리적인 행위가 제지당하는 경우를 쉽게 발견할 수 있다. 일탈행위자에 대한 제지요구 그리고 이에 따르지 않았을 경우 인터넷공동체에서 추방시키는 구조로 인터넷상 ‘공동체자율규제’를 작동시키고 있다.

다만, 이러한 인터넷상의 ‘공동체 자율규제’가 작동하지 않는 경우도 있다. 그러한 경우는 대부분 인터넷 공동체의 관리자가 일탈행위에 대해 방관하는 경우이다. 공동체의 참여자들이 일탈행위자에 대한 제재를 요구하지만, 관리자가 이를 묵살하는 경우에 인터넷상의 공동체 자율규제는 작동하지 못하게 되는 경우인데, 이렇게 되면 결국 공동체의 다른 구성원들은 그 공동체를 떠나게 되고, 중국에는 공동체 자체도 해체되게 된다.

나아가 인터넷은 결코 완벽한 익명의 공간이라고 할 수도 없다. 인터넷 공간의 이름(ID)

34) 김성언, 『개인정보 침해에 관한 연구조사』, 한국형사정책연구원, 2001, 99-100면.

35) 임영덕, 앞의 논문, 2010, 230면.

과 온라인서비스제공자가 접속하고 있는 인터넷접속주소(IP)를 통해 추적이 가능하다. 또한, 인터넷 공동체의 관리자는 공동체의 참여자로 하여금 필요한 만큼의 개인정보를 선택적으로 공개하도록 하고 있다. 따라서 인터넷공간은 익명의 공간이기 때문에 자율규제가 제대로 작동되지 않는 것이 아니라, 비대면(非對面)의 공간이기에 ‘자율규제’가 작동하지 않는다고 하는 것이 보다 정확한 표현이다.

그러나 현재 우리 인터넷상의 명예훼손의 억제, 저작권보호, 음란물 통제에 대한 법적 규제는 이러한 인터넷의 속성과 인터넷 공동체의 자생적 ‘자율규제’ 구조에 대한 충분한 고려 없이 규범화되어 있다. 특히, 인터넷 공동체의 자율규제의 역할을 간과한 경우가 대부분이며, 인터넷상 탈윤리화의 문제를 익명성 때문이라고 치부해 버리는 경우가 대부분이다.

아울러 현재의 자율규제에 대한 논의 역시 정부의 주도하에 이뤄지는 경우가 많다. 즉, 온라인서비스제공자가 자율시행지침을 마련하고 이를 준수하게 하는데 있어, ‘국가간섭’이 결코 적지 않다는 것이다.

그리고 현재의 자율규제에 대한 논의는 인터넷 공동체의 자율규제 문제가 아니고, 온라인서비스제공자들에 의한 업계수준의 자율적 시장규제 논의에 머무르고 있다. 이는 적극적인 국가개입 만큼이나 사상의 자유시장에 심각한 위협을 초래할 수 있다. 예를 들면, 명예훼손적인 표현에 의하여 부담해야 할 온라인 서비스제공자의 법적 책임 때문에, 온라인서비스제공업체의 직원이 이용자의 표현에 대하여 부당한 검열을 하게 되는 결과가 발생할 수 있는 것이다. 포털업체 직원은 표현 당시의 상황에 대한 이해도 없을 뿐만 아니라 독립성이 부여된 기관도 아니기 때문에 그의 판단은 윤리적 정당성을 확보할 수 없게 된다. 결국 이 경우에는 ‘사적검열’이 되는 결과를 초래하게 된다.

이상의 논의를 종합해 보면 인터넷자율규제가 최소한의 정당성을 확보하기 위해서는 표현에 대하여 제재할 수 있는 자는 최소한 표현주체로부터 정당성을 확보한 자이어야 한다. 정당성이 있는 자에 의한 판단은 표현주체로 하여금 제재에 대한 저항을 감소시킬 수 있을 뿐만 아니라 윤리적으로도 덜 부당한 간섭이 될 수 있기 때문이다. 결국 인터넷 공간에서 윤리적 정당성은 공동체 내의 ‘민주적’ 합의에서 찾을 수밖에 없을 것이다.

3. 온라인서비스제공자의 ‘사적검열’의 위험성³⁶⁾

최근 온라인서비스제공자의 책임에 대한 선진국의 입법례를 보면 ‘책임발생요건’이 아닌 ‘책임제한요건’을 정함으로써 온라인서비스제공자에 ‘안전조항’을 제공하고 있다. 이는 온라인서비스제공자에게 특혜를 부여해서 보호하기 위한 것이라기보다는 끊임없이 변화와 혁신을 거듭해야 하는 인터넷산업의 속성을 반영하는 한편, 온라인서비스제공자가 면책을 위

36) 한중호, “불법복제 UCC를 유통한 온라인서비스제공자의 법적책임 토론편”, 『언론과 법』 제6권 제1호, 2007, 139-144면.

해 ‘사적검열’에 나서는 것을 예방함으로써 인터넷 이용자의 편의와 표현의 자유를 최대한 보장하기 위한 것이다.

우리나라에서는 입법적으로 책임발생요건을 강화하는 경향이 있고, 법원 역시 이를 뒷받침하는 판례를 내놓고 있다. 이 같은 입법과 판례의 흐름은 자칫 우리 사회에 ‘의도하지 않았던’ 역기능을 초래할 수 있다는 점에서 보다 깊은 성찰의 대상이 되어야 한다.

그리고 인터넷상의 악의적 표현에 의하여 돌이킬 수 없는 피해를 초래할 가능성이 있다는 점을 감안하면, 온라인서비스제공자가 일정한 요건만 충족하는 경우 책임을 감경 혹은 면책 받을 수 있도록 하는 것은 합리적인 피해예방 및 구제수단이 될 수 없다. 이 문제는 사실 누구보다도 포털 사업을 하는 온라인서비스제공자들이 가장 심각하게 우려하고 있으며, 이를 해결하기 위한 각종 방안을 수립하려고 노력하고 있다. 왜냐하면 포털이 서비스 플랫폼이므로 자칫 이용자들의 신뢰를 상실할 경우 포털사업의 존립 기반 자체가 무너지게 되기 때문이다.

그러나 현재 온라인서비스제공자는 사적검열과 인위적 개입에 나설 수밖에 없는 상황이고, 이는 과도한 정보접근 차단, 건전한 여론형성 지연, 의사표현의 제한이라는 결과를 야기할 수 있다. 민간 사업자인 온라인서비스제공자가 사법적 판단을 대신하여 임의로 이용자들의 게시물을 처리하도록 허용하는 범위가 넓을수록 표현의 자유를 침해하고 국민의 알권리를 제한하는 결과가 야기될 수 있다.

「정보통신망법」은 온라인서비스제공자에 대해 불법정보의 유통을 막기 위해 노력할 의무가 있다고 규정하고 있지만, 실제로 각 사업자가 어느 정도의 주의의무를 갖는지에 대해서는 구체적인 규정이 없다. 이렇게 되면 사업자 입장에서는 심각한 불확실성에 빠질 수밖에 없게 된다. 기술적·경제적 자원의 한계 속에서 기업 활동을 해야 하는 온라인서비스제공자로서는 법과 사회가 요구하는 무한책임을 감당할 수밖에 없다. 따라서 온라인서비스제공자가 과연 어느 정도의 모니터링 의무를 부담해야 하는지에 대한 구체적인 기준에 대해서도 가이드라인이 제시되어야 할 것이다. 또한 인터넷문화의 지속가능한 발전을 위해 온라인서비스제공자에게 인터넷상 표현에 대하여 모니터링의무, 내용심사, 그리고 이에 대한 모든 조치의무와 법적 책임을 모두 부담시키기보다는 모니터링의무와 내용심사의 역할과 권한 그리고 책임을 인터넷공동체 관리자(SYSOP)에게 적절하게 배분하는 것이 필요하다.

4. 표현물의 내용심사와 공동체관리자(SYSOP)의 역할

인터넷 표현물에 대한 내용심사는 법적 규제와 자율규제가 상호보완적인 방식으로 이루어져야 한다. 법적 규제를 강화할 경우에는 자율규제가 약화될 수밖에 없는 상호관계를 가지고 있다. 법적 규제는 판례나 입법을 통해서 실현되고, 정부의 행정력을 통해서 구체화

될 수 있다. 이러한 경우 정보통신서비스제공자는 법적 책임에 대한 부담으로 인하여 자기 검열에 충실할 것이며, 진정한 의미에서의 자율규제가 아니라 ‘강제된 사적 규제’만 강화되는 결과를 초래하게 된다.³⁷⁾ 이는 진정한 인터넷문화의 건전한 발전과 인터넷 산업의 발달에 있어서 결코 바람직한 현상이 아니다.

이러한 상관관계 속에서 가장 효율적이고, 규제의 최소화와 민주적 방법을 모색하는 것은 쉽지 않을 것이다. 따라서 인터넷상의 ‘공동체 자율규제’에 있어서 내용심사의 주체를 ‘공동체’ 구성원 스스로에게 맡기는 방법도 고려할 수 있다. 즉, 온라인서비스제공자는 ‘공동체’에 의하여 유해하다고 결정된 표현에 대해서는 적절한 조치를 취할 수 있다. 그리고 피해자의 신고나 기술적 수단(필터링 강화)등으로 탐지된 유해, 불법 표현물에 대하여는 표현물의 게시자와 인터넷공동체 관리자에게 고지하여 인터넷 공동체 스스로가 내용심사의 주체가 되게 할 수도 있다. 이러한 역할 배분이 필요한 이유는 최대한 표현의 자유를 보장하고, 온라인서비스제공자에 의한 정보의 유통기능의 위축방지라는 목적 때문이다.

그리고 인터넷 공동체 스스로 표현에 대한 내용을 결정한다는 것은 참여자 자신에 의하여 본인이 속한 공동체 내에서 표현에 대한 윤리적 판단과 공동체적 수용여부를 결정할 수 있는 자율적 권한을 부여한다는 점에서 중요한 의미를 지닌다.

현재 우리의 인터넷공간은 저작권 위반 제재조치, 음란물 억제조치, 명예훼손적인 표현 억제조치를 위한 각종 법률이 제정되고 판례가 생성되고 있으며,³⁸⁾ 법적규제의 가능성이 높아지고 있다. 앞서 보았듯이 과도한 법적 규제는 인터넷상의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 ‘위축효과’를 야기할 수 있다. 물론 유해표현물에 대한 적절한 법적 조치와 규제는 필요하겠지만, 공동체의 규범에 부합하여야 한다.

공동체의 자율규제에 있어서 온라인서비스제공자(OSP)에 의한 표현의 내용심사는 다음의 몇 가지 문제가 있다.

첫째, 인터넷상의 수많은 표현물에 대하여 온라인서비스제공자(예를 들면, 네이버, 다음의 관리자)에게 심사를 하게 한다는 것은 필터링 등 기술적 요소를 도입한다고 해도 양과 질적인 면에서 제대로 심사하기 어려우며, 표현물에 대한 내용심사 역시 정당성을 확보할 수 없다.

둘째, 인터넷상의 표현이 명확히 불법적인 표현인지에 대해서는 온라인서비스제공자의

37) 황성기, “정보매개서비스제공자의 법적책임의 적정범위에 관한 연구”, 『사이버커뮤니케이션학보』 제24호, 2007, 185-186면.

38) 아직까지 유보되고는 있지만 사이버모욕죄의 도입이 논의되었고, 미네르바 사건 판결에서도 알 수 있듯이 전기통신기본법 제47조 제1항에서 요구하는 ‘허위의 사실’과 ‘공익을 해할 목적’이란 두 가지 기준을 가지고 판단하고 있는 것은 표현에 대한 과도한 공권력의 개입이 문제될 수 있다. 성낙인, “인터넷과 표현의 자유”, 언론과 법, 제8권 제1호, 2009, 117-122면.

규범적 판단이 개입되므로 기술적 수단인 금칙어, 필터링 등을 통하여 법적 규범의 판단을 하는 것이 매우 어렵다.

셋째, 온라인서비스제공자에게 인터넷상의 모든 유해 표현물에 대하여 책임을 묻는다면, 표현의 유해 가능성만으로도 유통을 통제할 것이 자명하다. 온라인서비스제공자 입장에서는 약간이라도 자신이 법적 책임을 부담할 소지가 있는 표현물을 강력히 차단함으로써, 법적 책임의 위험을 회피할 수 있기 때문이다.

이러한 여러 가지 이유로 모든 표현물에 대하여 온라인서비스제공자에게 모니터링 책임을 묻는다는 것은 비현실적이며, 오히려 인터넷상의 표현의 자유를 위축시키는 사적검열을 야기할 수 있다.

이러한 오류를 극복하기 위해서는 인터넷공동체의 관리자(SYSOP), 즉 인터넷게시판 관리자 또는 인터넷상의 카페지기 등이 주도적 역할을 담당하면서 그들에게 책임의식을 부여하고, 여과에 필요한 기술적 장치를 공유함으로써 책임을 분산시키는 것이 효과적일 수 있다. 이러한 인터넷의 분산구조는 국가나 온라인서비스제공자에 의하여 여론이 조작되지 않기 위한 효율적인 방법이며, 이에 의하여 민주적 여론형성 과정에 표현하는 자와 최종수용자 사이에 제3의 간섭자가 발생하는 것을 최소화할 수 있다.

5. 정부규제의 보충성

인터넷의 거버넌스는 정부와 민간 간에 상호 배타적, 독점적이라기보다는 보완적·균점적인 관계로 형성되어 있다. 정부는 관련법에 의하여 인터넷 정책을 시행할 일반적인 권한이 있는 반면, 민간은 자신의 생활영역과 밀접한 문제와 관련하여 정부에 비해 상대적으로 높은 전문성을 갖고, 시기적으로나 내용적으로 더 적절하고 창의적인 정책을 개발, 시행할 수 있는 능력을 지니기 때문에 자율적 영역의 본질적 부분을 유지할 수 있다. 따라서 정부와 민간의 역할을 배분하는 원칙을 수립할 필요성이 있으며, 이 역할 배분에 있어서 준거가 되는 원칙이 바로 ‘보충성의 원칙’이다.

‘보충성의 원칙’이란 큰 단위의 상위구조는 작은 단위의 하위구조의 활동영역을 보장하고 하위구조가 충분한 기능을 담당하고 있지 못한 경우에 보충적으로 개입하여야 한다는 것이다. 이 보충성의 원칙에 의하면 민간자율 규제구조와 정부의 권한이 중첩하는 경우 민간 자율규제가 우선적으로 관할권을 가지며, 정부의 관할권은 민간지배구조의 관할권에 대하여 보충적 성격을 갖는다. 보충성원칙에 의하면 정부는 첫째, 정책결정의 예상효과가 광범위한 범위에서 중대한 경우, 둘째, 민간의 실패가 있는 경우, 셋째, 공공질서유지에 불안정을 야기하는 경우 등의 경우에만 예외적으로 권한행사를 할 수 있다.³⁹⁾

39) 인터넷 지배구조는 어느 특정한 행위자에 의해 독점되기 보다는 다양한 주체들의 협력에 의해 운영된다고 보아야 한다. 정찬모 외 5인, 『사이버페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립』, 정보통신정책연구원,

이처럼 정부는 표현내용에 대하여 1차적 판단 주체는 아니지만 인터넷공간에서 발생하는 문제들은 현실공간과 무관하지 않고, 헌법상 기본권은 인터넷에서 의사소통을 하는 인터넷사용자들과 정보제공자 모두에게 유효하기 때문에 기본권을 보호하는 국가의 역할은 인터넷상에서도 요청된다. 따라서 표현의 해악을 제거하기 위해 실행되는 국가의 2차적 판단은 어쩔 수 없는 선택일 수 있다.

그렇다고 하더라도 이러한 국가에 의한 표현의 판단 역시 독립성이 보장된 사법부에서 최종적으로 엄격한 심사를 해야 한다.⁴⁰⁾ 이를 위해서는 미국의 배심원제와 같이 건전한 일반상식과 통상적인 법 감정을 가진 ‘시민참여’라는 전제하에 보통시민이 사실판단의 주체가 되는 제도가 도입되어야 할 것이다.

V. 결 론

2012년 8월 헌법재판소의 제한적 본인확인제에 대한 위헌결정은 표현의 자유는 인터넷상에서도 폭넓게 보장되어야 하며, 이를 통해 건전한 여론 형성과 민주주의 발전에 표현의 자유가 매우 중요한 자유권적 기본권임을 새삼 상기시켜 주었다.

대부분의 국가들은 인터넷상의 표현의 자유에 대한 규제는 법적 규제의 한계 때문에 법과 제도에 의한 규제 보다는 인터넷 사업자와 이용자에 의한 자율적 규제가 보다 효율적이라고 판단하고 있다.

‘자율규제’ 측면에서 국가의 역할은 경제적 이윤을 추구하는 온라인서비스제공자가 인터넷공간에서 ‘표현의 자유가 언제나 보장되는 공간’으로 발전할 수 있도록 유도하는 것이다. 따라서 사법부는 온라인서비스제공자가 이용자(Netizen)의 표현의 자유를 침해한 경우, 헌법상 기본권의 대사인적 효력을 직접 적용할 필요가 있다. 인터넷상의 권리와 책임은 온라인서비스제공자가 제공하는 계약약관에 기재되어 있다. 즉, 인터넷상의 표현의 자유에 대한 보장은 ‘인터넷의 사적(私的) 지배구조’(Internet Private Governance)에 의하여 영향을 받게 된다. 누리꾼(Netizen)이 이러한 계약약관에 동의하지 않을 경우 온라인서비스제공자(OSP)가 제공하는 인터넷 서비스를 향유할 수 없게 된다.

2001, 190-192면.

40) 미국연방대법원은 「통신품위법」의 위헌결정 사건에서 원칙적으로 인터넷상의 표현은 사상의 자유 시장에 맡겨야 하며, 여전히 인터넷상의 표현에 대해서는 엄격한 기준에 의한 비례성 심사를 하겠다고 판시하였다. Thomas G. Krattenmaker & L.A. Powe, jr., *Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media*, 104 YALE L.J. 1719. p.1719, 1995.

사적규제에 대한 헌법적 평가가 국가검열 혹은 정부검열에 대한 헌법적 평가와는 달리 ‘주체의 차이’에서 비롯된 것이라 할지라도 사적검열이 헌법적으로 허용되거나 정당화되기 위해서는 몇 가지의 조건이 필요하다.

첫째, 사적규제에 국가가 개입해서는 안 되며, 둘째, 당사자의 자발적인 동의에 기반한 합의가 반드시 존재해야 하고, 셋째, 당사자 간 합의의 내용도 합리적이어야 한다.⁴¹⁾

또한 입법부가 입각하여 모든 사회적 문제를 입법만능주의로 해결하려는 것도 바람직하지 않다. 오히려 이로 인하여 헌법적 가치는 더욱 훼손될 수 있기 때문이다. 즉, 인터넷공간에서 발생하는 개인정보침해, 저작권침해, 명예훼손에 대응하기 위해 이에 상응하는 보호조항을 과도하게 입법화할 경우에는 위축효과(Chilling Effect)가 발생할 가능성이 매우 높다.

또한 온라인서비스제공자에게 과도한 법적 책임을 부과하게 되면 ‘사적검열’의 위험도 그 만큼 증가하게 된다. 방통심의위와 같은 강력한 행정 심의기구가 존재하는 가운데 민간사업자에게 필터링 의무를 강화하는 것은 결국 내용규제 강화로 이어질 뿐이라는 것이다.

이와 관련하여 정부는 인터넷 사업자의 인터넷문화의 선도를 장려하기 위해 객관적인 평가를 바탕으로 각종 규제 적용의 예외 또는 과실여부가 모호한 경우에는 면책범위를 확대하는 등 실질적인 인센티브를 규정하는 방법도 고려해 볼 필요가 있다.

앞서 살펴보았듯이 인터넷의 지배구조는 국민인 누리꾼(Netizen), 온라인서비스제공자인 인터넷 민간 거버넌스(Internet Private Government), 그리고 국가(Nation)에 의하여 형성되어 있다. 그리고 누리꾼과 더불어 인터넷공간의 문화형성에 큰 영향을 미치고 있는 것이 누리꾼의 모임인 인터넷공동체(Community)이다.

인터넷공동체는 구조상 ‘참여’와 ‘민주문화’ 공동체가 형성될 수 있는 공간이고, 인터넷의 온라인서비스제공자는 이용자인 네티즌과의 관계에서 보다 우월한 지위에 있기 때문에 이를 고려한 합리적인 자율규제가 필요하다.

공동체 자율규제에 있어서 공동체 관리자(SYSOP)가 실질적으로 표현의 내용에 대하여 심사할 권한을 행사할 수 있도록 구조화하는 것이 보다 민주적이며, 합의에 기반한 자율규제에 가깝다. 그리고 온라인서비스제공자의 역할은 공동체 관리자의 정보차단요청에 대한 실행과 그 밖의 필터링 등의 기술적 수단을 공동체관리자(SYSOP)에게 분배함으로써 온라인서비스제공자의 면책범위를 그 만큼 넓게 형성할 수 있다.

그러나 이러한 인터넷상의 공동체 자율기구도 실패할 수 있다. 그렇다고 해서 성급하게 국가가 개입할 수 있는 근거로 삼아서는 안 된다. 공동체의 자율규제가 실패한 경우에도 반드시 ‘보충성의 원칙’에 따라 법에 의한 적절한 규제가 시행되어야 하며, 표현의 내용에 대한 심사 역시 행정부와 사법부의 판단이 조화를 이루어야 할 것이다.

41) 황성기, 앞의 논문, 「KISO저널」 Vol. 8, 2012.

오늘날 인터넷미디어 문화는 국민들의 ‘참여’를 통한 새로운 형태의 민주주의의 가능성을 보여주고 있다. 비록 그 수준과 성과가 미흡하다 하더라도 법과 제도에 의한 규제를 최소화하고 민주주의의 근간을 이루는 표현의 자유를 우선시하는 인터넷 공동체의 자율규제를 신뢰하고 확대할 필요가 있다.

(투고일 : 2013. 5. 6. / 심사일 : 2013. 5. 17. / 확정일 : 2013. 5. 21.)

참 고 문 헌

- 강경근, “인터넷실명제 - 공공·민간 나누어 개별법에서 구체적 제도화”, 「인터넷실명제 민·당·정 간담회 자료」, 2005.
- 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장 - 홈즈(Mr. Justice Oliver W. Holmes)를 중심으로-”, 「토지공법연구」 제33집, 2005.
- 김성언, 『개인정보 침해에 관한 연구조사』, 한국형사정책연구원, 2001.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2013.
- 심우민, “인터넷실명제 위헌결정과 향후 과제”, 「이슈와 논점」 524호, 국회입법조사처, 2012.9.4.
- 윤명선, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 『인터넷·언론·법』, 한국법제연구원, 2002.
- 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성 원칙의 비판적 재구성”, 「헌법학연구」 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001.
- 임영덕, “인터넷내용규제에 관한 연구”, 박사학위 청구논문(성균관대), 2010.
- 임영덕·김형성, “위축효과에 대한 비교법적 고찰”, 「성균관법학」 제21권 제2호, 2009.
- 전정환, “인터넷실명제가 표현의 자유를 침해하여 위헌인지의 여부”, 「원광법학」 제26권 제3호, 2010.
- 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 「헌법실무연구」 제12권, 2011.
- 한종호, “불법복제 UCC를 유통한 온라인서비스제공자의 법적책임(토론문)”, 「언론과 법」 제6권 제1호, 2007.
- 허 영, 『헌법이론과 헌법』 신6판, 박영사, 2013.
- 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구; 방송·통신의 융합에 대응한 언론매체규제 제도의 개선방안”, 박사학위 청구논문(서울대), 1997.
- _____, “인터넷 본인확인제에 대한 헌법재판소 위헌결정의 의의 및 전망”, 「KISO저널」 Vol. 8, 한국인터넷자율정책기구, 2012.8.
- _____, “인터넷 실명제에 관한 헌법적 연구”, 「법학논총 (한양대)」 제25집 제1호, 2008.
- _____, “정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정범위에 관한 연구”, 「사이버커뮤니케이션 학보」 제24호, 2007.
- 황창근, “정보통신법상 본인확인제에 대한 공법적 고찰”, 「세계헌법연구」 제14권 제2호, 2008.
- 성낙인, “인터넷과 표현의 자유”, 「언론과 법」 제8권 제1호, 2009.
- 정찬모 외 5인, 『사이버페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립』, 정보통신정책연구원, 2001.

- Balkin, Jack M., *Law and Liberty in virtual World*, 1 N.Y.L. Sch. L. REV, 2003-2004.
- Belmas, Gendle Irene, *Cyberliberties and CyberLaw: A New Approach to Online Legal Problem - Solving*, U. Minnesota L. REV, 2002.
- Goldsmith, Jack L., *Against Cyberanarchy*, 65 U. CHI. L. REV, 1998.
- Krattenmaker, Thomas G. & L.A. Powe, jr., *Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media*, 104 YALE L.J, 1995.