

인터넷임시조치제도의 위헌성 - “남이 싫어하는 말은 30일 후에 하라”

Unconstitutionality of Korea's Temporary Blinds on Internet - “Thou Shall Not Speak for 30 days What Others Do Not Like”

朴 景 信*

Park, Kyung-Sin

정보통신망이용촉진및정보보호에관한법 (이하, “정보통신망법”) 제44조의2 1항, 2항 그리고 4항은 타인이 특정 게시물에 의해 권리가 침해되었다고 주장하면서 그 게시물의 삭제를 요청하기만 하면 정보통신서비스제공자(이하, “서비스제공자”)는 반드시 이를 삭제하거나 “권리침해에 대한 판단이 어렵거나. 분쟁이 예상되는 경우에는” 최소한 임시조치를 하도록 하고 있다. 여기서 임시조치란 “해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치”를 말하며 “임시조치의 기간은 30일 이내로 한다”고 되어 있다. 이 법의 목적은 타인의 권리를 침해하는 인터넷 상의 게시물들을 신속하게 차단하려는 것에 있다.

이 논문에서는 위 조항들의 총체적 효과는 게시물이 그 합법성과는 무관하게 누군가 불법이라고 주장만 하며 억제될 수 있다는 것이며 그렇다면 정보통신망을 통하여 타인에게 피해를 주는 게시물을 규제한다는 입법목적에 비추어 헌법 상 과잉금지의 원칙을 명백히 위반하는 것이다.

쉽게 말하자면 위 조항들에 따르면 ‘남이 싫어하는 게시물은 그 합법성에 관

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

런없이 일정기간 동안 억제되어 있어야 한다’는 것이며 헌법이 허용하는 표현의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조의 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우’와 헌법 제21조의 “타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해”할 때로 한정될 것인데 게시물에 객관적 합법성에 관계없이 타인의 주관적 판단에 따라 게시물을 억제할 수 있도록 한 것은 당연히 위헌이 될 것이다.

물론 각 서비스제공자마다 이 기간을 다르게 정의하고 있고 이 기간이 매우 짧은 경우 그 위헌성이 완화될 수는 있다. Daum의 경우 이 기간을 30일로 정한 반면 Naver의 경우 이 기간을 게시자가 복구를 요청하는 시점까지로 정하고 있어 빠른 시일 내에 복구가 가능하다. 하지만 누군가 권리침해를 주장했다는 이유만으로 게시자가 복구를 요청할 때까지는 그 게시물이 억제된다는 것 역시 위헌적이기는 마찬가지이다.

물론 제44조의2제6항에 따르면 서비스제공자들이 위의 임시조치를 이행해야 할 의무가 있는 것이 아니라 위와 같이 임시조치를 이행하면 그 게시물에 의해 발생하는 피해에 대한 책임으로는 면책된다는 뜻이 된다. 이 해석에 따르면 위의 제44조의2제1, 2, 4항이 임시조치를 하도록 서비스제공자들을 강제하는 것이 아니고 서비스제공자들이 피해주장자로부터의 면책을 얻기 위해 자발적으로 임시조치를 한다는 것이 되며 이에 따라 헌법적 문제는 사라지게 된다.

그러나 제44조의2제6항은 임의적 면책조항으로서 서비스제공자들이 명백하게 면책을 얻기 위해 자발적으로 제44조의2 제1,2,4항상의 절차를 따르는 것인지 불분명하다. 오히려 서비스제공자들은 제44조의2 상의 조치를 의무로 이해하고 있다. 이것이 미국의 저작권법 상 존재하는 notice-and-takedown제도와 결정적인 차이이다. Notice-and-takedown제도는 필요적 면책제도의 형태로 존재하고 있어 정보통신서비스 제공자는 명백하게 면책의 동기를 가지고 위의 임시조치를 하게 되며 정부의 강요 때문에 하고 있지 않은 것이다.

I. 임시조치제도의 현황

1. 사적권리침해 분야에서 임시조치의 비중

현재 인터넷게시글이 가장 많이 삭제되거나 차단되는 통로는 검찰이나 경찰에 의한 불법게시물에 대한 수사나 방송통신심의위원회의 심의도 아니다. 정보통신망법 제44조의2에 따른 타인의 침해주장에 의한 삭제 또는 차단이 가장 광범위한 검열규제의 역할을 하고 있다.

정확한 통계는 포착하기 어려우나 현재 명예훼손이나 초상권 침해 주장에만 한정하더라도 Daum과 Naver를 합쳐서 매월 1만건 정도의 임시조치를 하고 있는 것으로 보여진다.¹⁾ 이는 방송통신심의위원회의 심의에 의한 삭제건수인 월 평균 1천건 정도에 비하면 훨씬 많다.²⁾ 특히 방송통신심의위원회에 의한 대부분의 삭제건수에서 명예훼손, 초상권침해 및 개인정보침해와 같은 사인의 권리침해를 이유로 한 삭제는 20%정도뿐임을 고려하면 제44조의2에 의한 ‘사적권리침해 주장에 따른 검열’의 비중은 방송통신심의위원회의 50배 정도라고 할 수 있다.

〈표1 Daum의 지난 3년간 명예훼손/초상권/개인정보 임시조치 처리건수〉

	2007			2008			2009		
	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치	처리건수 (합계)	삭제	임시조치
연간(총계)	10265	6631	3634	27454	5908	21546	14719	1215	13504

1) 최문순 의원실 자료에 따르면 2008년 상반기 임시조치요청건수(URL 건수) 중에서 명예훼손과 초상권을 합하여 Naver가 약 3만9천건이고 Daum이 약 9천건에 달하며 명예훼손과 초상권 사이의 비율은 10대1에서 3대1 사이에서 진동한다. 본문의 다른 표들에서 보다시피 이 숫자는 계속해서 높아가고 있다.

2) 방송통신심의위원회의 2008년 통신심의 관련 통계에 따르면 2008년 5월부터 2008년 12월 사이의 분야별 심의건수 및 삭제건수는 다음과 같다.

음란 및 선정 : 9,801건 심의 2,817건 삭제

권리침해: 6,334건 심의 1,202건 삭제 (편집자 강조)

폭력 잔혹 및 혐오: 1,553건 심의 463건 삭제

사행심조장 6,805건 심의 6,075건 삭제

사회질서위반 5,816건 심의 4,447건 삭제

월간(평균)	855.4	552.6	302.8	2287.8	492.3	1795.5	3680	304	3376
1월	635	635		1221	420	801	4545	322	4223
2월	704	704		1380	493	887	4476	475	4001
3월	1014	1014		1829	607	1222	5698	418	5280
4월	748	748		1932	703	1229			
5월	634	634		1852	489	1363			
6월	479	479		1351	344	1007			
7월	888	888		3611	576	3035			
8월	673	247	426	2149	380	1769			
9월	822	225	597	2239	458	1781			
10월	1233	323	910	4028	358	3670			
11월	1661	500	1161	3563	422	3141			
12월	774	234	540	2299	658	1641			

〈표2 최근 3년간 NHN 명예훼손 임시 조치 건수〉

년	월	명예훼손 관련 임시조치 처리 URL 수
'07년	3월	3,774
	4월	3,409
	5월	2,235
	6월	2,731
	7월	3,711
	8월	2,937
	9월	3,105
	10월	4,742
	11월	5,894
	12월	5,138
'08년	1월	8,927
	2월	5,758
	3월	5,514
	4월	5,645
	5월	4,961
	6월	4,637
	7월	5,947
	8월	4,089
	9월	3,769

	10월	5,554
	11월	4,589
	12월	5,240
'09년	1월	10,276
	2월	6,834
	3월	6,975

위에서 Naver의 경우 임시조치와 삭제를 구분하지 않는 것은 Naver는 복원 요청이 없는 게시물은 복원을 하지 않으므로 ‘복원요청이 없는 임시조치’와 ‘삭제’를 구분하기가 불가능하다.

2. 개별 임시조치 사례들³⁾

가. 권력에 대한 비판 통제 사례

○ 서울시의 광장운영 비판 게시물에 대한 임시조치⁴⁾

게시자는 다음(Daum)이 운영하고 있는 블로그 서비스인 티스토리에 블로그를 갖고 있다. 2007년 11월 14일, 게시자가 쓴 ‘[대놓고비꼬기]세훈씨 서울시장 되니 OO씨 판박이네!’라는 글이 서울시의 요구로 임시조치되었다. 이 글은 오세훈 서울시장이 서울 광장에서 집회를 전면 불허하겠다고 밝힌 것을 비판한 글이다.

3) 아래의 내용은 진보넷 오병일 활동가의 2009년 5월15일 미디어발전국민위원회 발표문을 허락을 얻어 전재하고 필자가 평가내용을 부기한 것임.

4) <http://savenature.egloos.com/1592771>

삭제되었다는 글 원문은 <http://blog.ohmynews.com/savenature/199381>

[대놓고비꼬기] 세훈씨 서울시장되니 00씨 판박이네!

서울시장은 '광장'을 '광장'이 아니라 한다!
광장이 아니라 '문화'광장이라 한다.

광장

- 1 많은 사람이 모일 수 있게 거리에 만들어 놓은, 넓은 빈 터.
- 2 여러 사람이 뜻을 같이하여 만나거나 모일 수 있는 자리를 비유적으로 이르는 말.

“서울광장서 집회 못한다”

<p>윗시장 “문화행사만 허용” 문화광장으로 개명도 추진</p> <p>“서울시가 서울광장에서 집회를 허가한 적은 한 번도 없다”</p> <p>오세훈 서울시장의 서울광장의 집회를 불허한다는 입장을 명확히 했다.</p> <p>오 시장은 13일 “서울광장은 문화적 행사만 하도록 서울시 내부 지침에 정해져 있는 명백한 문</p>	<p>화광장”이라며 최근 서울광장주변에서 범국민대의 집회를 개최한 민주노동당을 비판했다.</p> <p>오 시장은 이날 오전 서울 그랜드 하얏트호텔에서 열린 KAIST 최고경영자과정 총동문회 초청 특강에서 “서울광장에서 집회를 불허할 용의가 있느냐”는 참석자의 질문에 이렇게 답했다.</p> <p>오 시장은 “범국민대의 집회는 경찰이 집회시의 금지통고를 해</p>	<p>명백히 불법이었다”며 “서울시가 서울광장에서 집회를 허가한 적은 한 번도 없다”고 덧붙였다.</p> <p>오 시장은 서울광장의 용도에 대해 “서울광장은 명백한 문화광장”이라며 “앞으로 이름도 서울 문화광장으로 바꾸려 생각하고 있다”고 말했다. 이와 관련 시는 서울광장 지하광장을 도서관 용도로 활용하는 방안도 검토중인 것으로 알려졌다. 오원우 기자</p>
---	--	---

기사출처 : 시티신문

오세훈 서울시장은 13일 한 호텔에서 사실상, 서울시청 광장에서의 '집회와 시위를 전면 불허하겠다'고 밝혔다. 시장 주제에 헌법이 보장한 집회와 결사의 자유를 침해하고 가로막겠다고 나선 것이다. 오시장은 집회와 결사의 자유를 포기하고 가식적인 연예인들의 떠따라와 '대~한~민~국'이나 즐기시라고, 문화적 행사만 하도록 시청광장을 만들었다고 한다.

그에겐 민중들이 자신의 온전한 삶을 찾기 위해 몸부림치는 것보다, 허울 좋은 '문화와 예술'이 우선인 듯싶다. 서울시장 되더니만 말도 안 되는 '한강르네상스' 부르짖으며, 청계천 복원한답시고 하천이 아닌 콘크리트 채 발라 볼거리로 만들려고 시장에서 평생 먹고 살아온 서민들을 거리로 내몰고 용역동원해서 폭력 일삼아 놓고 그것을 치적인 양 자랑하는 00씨처럼 되려고 하는지 저려고 있다.

'진심이 통하고 상식이 통하는 세상을 꿈꿔왔다'는 법 좀 안다는 이가 할 소리인지?
며 예전부터 그다지 신뢰가 잦은 처였다.

* 관련 글 :

- 대책없는 개발사업으로 쫓겨난 서울시민, 646일째 거리농성
- 서울시의 '한강 르네상스 마스터플랜'과 되살아난 괴물 '경인윤하'

<평가> 위의 내용에는 어디에도 사실적인 주장이 없어 형법 제307조의 명예 훼손이 성립될 내용이 없고 어떠한 기준으로 보아도 욕설이라고 할 수 있는 내용이 없어 형법 제311조의 모욕이 성립될 여지가 없다.

○ 주성영 의원의 임시조치 요구5)

2008년 10월 20일, 게시자는 다음(Daum) 아고라 경제토론 게시판에 올린 게

시물에 대한 임시조치를 당했다. 신고자는 주성영 의원이었다. 게시물 내용은 다음과 같이 단 세 줄이었다.



<평가> 이 역시 사실적 주장이 없어 명예훼손이 성립되지 아니하고 미니홈피 주소는 어차피 공개된 것으로서 개인정보침해가 아니다. ‘만취한채 민폐끼치는’이라는 표현은 해당 정치인에 대한 게시자의 주관적 평가이며 사회상규를 일탈하는 경멸적인 표현이라고 할 수 없어 모욕죄가 적용될 수 없다. 더구나 주성영 의원은 명백히 공인으로서 명예훼손, 모욕 및 개인정보침해 기준이 엄격하다.

○ 경찰청의 어청수 동생에 대한 삭제 요구⁶⁾

경찰청 사이버테러대응팀은 2008년 5월과 7월, 포털 사이트에 공문을 보내 어청수 경찰청장의 동생과 관련한 동영상에 대해 ‘명예훼손’이라며 삭제를 요청했다. 이 동영상은 어청수 경찰청장의 동생이 투자한 호텔의 불법 성매매 의혹을 보도한 것이다. 그러나 경찰청은 정작 부산문화방송에는 어떠한 법적 대응도 하지 않았다고 한다. 경찰청은 2008년 5월27일 포털 14곳에 공문을 보내

5) <http://wnsgud313.tistory.com/156>

6) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/300688.html

‘명예훼손’이라며 삭제를 요청했으며, 7월 21일 다시 포털에 같은 내용의 공문을 보내, 6월 이후 올라온 게시물에 대해서도 삭제를 요청했다고 한다.

<평가> 우선 보도내용 자체가 경찰청이나 경찰청장 개인에 대한 것이 아니라 경찰청장의 동생에 관한 것으로서 정보통신망법 제44조의2가 “타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게. . . 요청할 수 있다”라고 되어 있음을 감안하면 적격한 임시조치라고 볼 수 없으며 포털들은 이 요청을 무시했어야 했다.

경찰청장의 동생이 임시조치를 요청하였다면 형법 제307조 제1항의 진실적시에 의한 명예훼손에 해당할 수 있었을 것이나 이 역시 경찰과 성매매 단속의 밀접한 상관관계를 고려하면 ‘오로지 공익을 위하여’라는 위법성 조각사유가 성립될 것으로 보인다.

경찰청에서 주장하는 대로 경찰청장이나 경찰청에 대한 명예훼손으로 본다면 더욱더 위법성 조각사유의 성립은 설득력이 강해진다. 즉 경찰청이나 경찰청장은 공인이므로 ‘오로지 공익을 위하여’라는 위법성 조각사유는 더욱 강력해진다. 결국 위 주장이 허위가 아닌 이상 명예훼손이 성립될 수 없다.

○ 용산참사 관련 게시물에 대한 임시조치⁷⁾

2009년 4월 29일, 다음(Daum)은 티스토리에 블로그를 개설한 게시자의 ‘고의방화, 도심테러라고? 인두깍을 쓴 이들’이라는 제목의 게시물에 대해 임시조치하였다. 신고자는 한나라당 장제원 의원이다.

<평가> 게시물은 대부분 용산참사 관련 언론 기사를 링크한 것이며, 게시자는 다음과 같은 “인두깍을 쓴 짐승이라고 표현은 이럴 때 쓰는 것이다. 저들은 인간의 가족만을 썼을 뿐이다. 아마도 앞으로도 이런 류들이 많이 쏟아져 나올 터인데 이들을 어떻게 어떤 종자로 규정해야 할까”의 단 세 줄을 덧붙였을 뿐이다. 이 세줄에 대해서는 현행법 상 제311조의 모욕죄의 적용이 가능할지 모르나 이를 이유로 하여 페이지 전체를 삭제한 것은 이해하기 어렵다. 이 사례는 권리침해의 주장만으로 게시물을 삭제할 수 있다는 현 제도의 모순을 적나라하게 보여준다고 하겠다.

7) <http://blog.jinbo.net/gimche/?pid=668>

○ 경찰 폭력을 비판한 게시물에 대한 임시조치⁸⁾

2009년 5월 1일 있었던 시위에서 시위대에 진압봉을 휘두른 경찰에 대해 비판한 블로그 및 다음(Daum) 아고라 게시판의 게시물 다수가 임시조치되었다. 삭제 요청한 사람은 당시 진압봉을 휘두른 경찰간부이다. 삭제된 게시물 중에는 한 블로거가 해당 경찰간부에게 정중하게 쓴 공개 질의서도 포함되어 있다.

진압봉 휘두른 302전경대장 조삼환 경감에게 보내는 공개질의서



저는 인터넷에 올라온 조삼환 경감이 지하도 출입구를 봉쇄한 상태에서 시민들을 향해 진압봉을 휘두르는 사진을 보고 깜짝 놀랐습니다. 집회 현장에서 지휘 차량 안에서 해산이나 체포 명령을 내리는 전경지휘관들은 봤으나 직접 대원들의 선봉에서 맨몸인 시민들을 마치 원가에 미친 듯이 진압봉을 휘두르는 장면을 보고 너무 놀라 '이게 경찰의 본래 모습'인지 '독재의 유전자를 타고난 집단'의 구성원이라 그런지 헛갈려 머리가 복잡해지더군요. 무엇이

<평가> 공무원이 공개된 장소에서 공무를 집행하는 장면을 거짓없이 촬영한 장면을 게재하는 것마저도 명예훼손에 해당한다면 도대체 표현의 자유는 어디에서 보호되고 있는 것인가. 거짓없이 촬영한 사진은 진실의 적시에 해당하며

8) http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=60090508170951&Section=03

이 모습을 그대로 보여주는 것은 ‘공익’이라는 위법성조각사유가 성립함을 쉽게 알 수 있다.

나. 기업의 노조 탄압에 이용된 사례

○ 이랜드-뉴코아 노동조합 관련 게시물 임시조치⁹⁾

2007년 8월 14일, ‘조합원 추스리는 이랜드-뉴코아 노조 / 파업에 민·형사 면책을 허(許)하라’라는 제목의 글¹⁰⁾이 네이버에 의해 임시조치되었다. 임시조치 요청자는 사측인 ‘이랜드월드’이다. 이 글은 이랜드-뉴코아 노동조합의 투쟁과 관련한 기사를 스크랩한 것이며, 게시자는 이들의 투쟁을 응원하는 5줄의 견해를 남겼을 뿐이다. 이 게시물은 30일 후에야 복구되었다. 아이뉴스24에 따르면¹¹⁾, 이 게시물뿐만 아니라, 네이버의 관련 게시물 23건, 다음(Daum)의 관련 게시물 25건에 대해서도 임시조치 되었다.

조합원 추스리는 이랜드-뉴코아 노조 / 파업에 민·형사 면책을 허(許)하라 | 노동

2007/08/09 12:33

<http://blog.naver.com/gimche/150021000496> **복사**

이랜드-뉴코아 투쟁이 어떻게 끝날까. 마무리가 잘 되어야 할 텐데, 끝날 기색조차 보이지 않는다. 우선은 파업기금이라도 제대로 모으는 게 우선일 듯하다. 이랜드-뉴코아 노동자들이 지치지 않도록, 혼자라는 생각이 들지 않도록...

아래 글 중에 이랜드 사태 일지에 대해 쓴 매일노동뉴스 구은희 기자의 기사와 파업에 민·형사 면책을 허(許)하라라는 제목의, 인권오름에 실린 명훈님의 글을 읽어보길 권한다.

조합원 추스리는 이랜드-뉴코아 노조 (매일노동뉴스 2007년 8월 7일, 구은희 기자)
총화·오타·간담회·수련회 등 잇달아 개최... "강도 높은 투쟁 준비할 것"

이랜드일반노조와 뉴코아노조가 노조가 최근 간담회·총화·수련회 등을 잇달아 진행하고 있다. 두 차례의 매장점거 농성과 경찰의 조합원 강제연행, 노조 지도부 대거 구속, 교착 상태에 빠진 노사 협상 등으로 잠시 숨고르기에 들어갔던 두 노조가 장기파업에 지친 조합원들을 다시 불러 모으고 있는 것이다. 매장 점거농성 등 강도 높은 투쟁이 재현될 수 있음을 예고하는 대목이다.

9) <http://blog.jimbo.net/gimche/?pid=492>

10) <http://blog.naver.com/gimche/150021000496>

11) http://itnews.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=280246&g_menu=020300

<평가> 기사스크랩 만으로 명예훼손이나 모욕이 성립될 수 없음은 다언을 필요로 하지 않으며 추가된 다섯줄 역시 어떤 실정법의 위반도 성립하지 않는다.

다. 기업의 대 소비자관계

○ 장자연 리스트 관련 조선일보의 임시조치 요구

2009년 4월 6일, 민주당 이종걸 의원은 다음(Daum) 아고라 경제토론방에 ‘국회의원마저 협박하는 조선일보의 오만함을 고발한다!’라는 제목의 글을 올렸다. 이 게시물에 대한 조선일보의 요청으로 게시물은 임시 차단되었다.¹²⁾ 이에 이종걸 의원은 ‘OO일보’로 수정하여 다시 게시물을 올렸지만, 이 역시 임시조치되었다.

<평가> 장자연리스트에 관한 대부분의 게시물들은 ‘아무개가 실제로 성상납을 받았다’는 것이 아니라 ‘아무개가 성상납을 받았다는 단서가 있다’는 내용을 담고 있다. 이 단서의 존재는 진실임은 물론 공적 사안임에도 불구하고 명예훼손죄를 적용하는 것에 대해서는 여러 가지 논란이 제기되고 있다.¹³⁾ 실제로 이종걸 의원이 이에 대해 강하게 항의하자 다음(Daum)측은 이 글에 대해 방송통신심의위원회에 심의를 요청하였고, 심의위는 4월 21일, 명예훼손이 아니라는 결정을 내려 게시물은 원상복구 되었다.¹⁴⁾ 심의위의 통신심의소위는 “명예를 훼손할 만한 구체적 사실의 적시로 보기 어렵고, 구체적 사실의 적시로 볼 수 있다 하더라도 공공성 및 사회성을 갖춘 공적 관심사안에 해당한다”며 “일반 국민의 알 권리 대상으로 보호해야 할 것이므로 위법성이 조각돼 ‘해당 없음’으로 의결한다”고 결정했다.¹⁵⁾

○ 티켓무비 사례¹⁶⁾

2009년 3월 6일, 다음(Daum) 블로그를 운영하고 있는 이용자의 게시물 중

12) <http://bbs1.agora.media.daum.net/gaia/do/debate/read?bbsId=D115&articleId=610524>

13) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 폐지 및 ‘허위’ 입증책임 소재 확립”- 노회찬 ‘떡값검사’ 판결, PD수첩수사, 장자연 리스트 사태에 대하여“, 2009년 4월14일 <국민의 알권리인가? 명예훼손인가? - 장자연 사건에서 바라본 국민의 알권리와 명예훼손> 토론회 발제문

14) <http://bbs1.agora.media.daum.net/gaia/do/debate/read?bbsId=D115&articleId=625852>

15) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/351470.html

16) <http://blog.daum.net/polelate/7883948>

‘인터넷 영화예매 사이트 티켓무비. 어떤 사이트일까 궁금했다.’¹⁷⁾라는 제목의 글이 임시조치되었다. 임시조치 요청자는 티켓무비투어 주식회사. 이 글은 단지 티켓무비 사이트의 불편함에 대해 담담하게 기술했을 뿐이었다. 해당 게시글에 의하면, 티켓무비와 관련된 다른 이용자의 게시글들도 다수 임시조치 되었음을 알 수 있다. 단지 자사의 상품에 대해 부정적인 평가를 했다고 명예훼손 요청을 한 사례이다.

예매가능 시간은 10:00 ~ 16:00 이란다. 단 6시간 동안 예매할 수 있다. 그리고 당일 예매는 불가하단다. 다른 사이트는 24시간 온 종일 가능한데, 그리고 영화관에 따라 다르지만 당일 예매가 불가능한 영화관도 있지만 대부분의 영화관은 당일 예매가 가능하다. 나는 이 사이트를 이용 할 이유가 전혀 없어 보인다. 내가 인터넷을 통해 예매하는 시간은 늦은 밤시간이기 때문이다. 그렇기에 때로는 자정을 넘겨 당일 예매가 되는 경우도 있다. 자정을 넘겨 예매하는 것이 유익할 때도 있다. 피치 못할 사정으로 취소를 하게 될 경우 당일 취소면 취소 수수료가 부과되지 않는다. 예매 다음날 취소하더라도 결제방법이 카드, 포인트 등등의 여러 방법으로 결제 하였을 경우 취소 수수료가 부과되지 않는 경우도 있다. 간혹 낮에도 예매를 하지만 그런 경우는 가뭄에 콩 나듯 한다. 예매는 어떻게 이루어지나 보았더니 영화예매권이나 연가회원권을 가진 사람만이 예매 할 수 있다. 다른 사이트처럼 신용카드나 핸드폰을 통한 예매가 아니다. 따라서 카드 할인이나 포인트 할인도 찾아 볼 수 없었다. 직접적으로 영화 예매를 하는 사이트는 아니고 이미 발권된 예매권이나 회원권을 통한 영화 예매사이트로 보였다. 무통장 입금에 대한 예매는 어떻게 하는지 모르겠다. 무통장 입금에 따른 예매를 하기 때문에 예매 가능시간에 제약이 있고 입금 확인 후 예매가 진행되기 때문에 당일 예매가 되지 않는 것 같다.

앞으로 내가 티켓무비의 영화예매권을 일부러 사용하게 될 일은 없을 것 같고 티켓무비의 영화예매권이 사은품이나 경품으로 걸려 있다면 응모하지 말아야 겠다.

Add 1. 지난 2월 20일부터 다음 아고라에 '티켓무비' 관련 이슈청원이 올라와있다.

<http://agora.media.daum.net/petition/view?id=68154> (2009.02.23)

Add 2. 지난 3월 6일 티켓무비측의 신고로 인해 다음측에서 임시접근금지조치 되었던 이 글이

30일이 경과된 4월 5일 임시접근금지조치가 풀렸다.(2009.04.05)

<평가> 소비자가 제품에 대한 평판을 게시한 것은 당연히 공익적인 사안이므로 허위가 없는 한 명예훼손이 성립할 수 없다.¹⁸⁾ 기업들이 자신들에게 불리

17) <http://blog.daum.net/polelate/7883871>

18) 이 사례에서 특히 게시자는 현행 임시조치 제도의 문제에 대해서도 제기하고 있다. 게시자는 자신의 게시글을 복구하기 위해, 다음(Daum) 및 방송통신심의위원회에 문의를 하였지만, 30일이 지나 게시글이 복구되기 전에 이에 대한 답을 받지 못했다. 이의 신청 절차가 쉽지 않은 문제, 방통심의위의 처리 기간이 지나치게 긴 문제 등을 지적하고 있다. 또한 아무런 명예훼손 근거가 없어 글이 복구될 경우, 30일 동안 임시조치되었던 피해는 누가 보상할 것인가라고 불만을 터뜨리고 있다.

한 내용들을 인터넷 상에서 삭제하는 도구로서 임시조치제도가 남용되고 있음을 알 수 있다.

○ 가격비교 글에 대한 임시조치 요구¹⁹⁾

2007년 8월 22일, 네이버 카페 ‘그림책 읽어주는 엄마’에서 4건의 글이 임시조치 되었다. 30일에도 또 다른 글이 차단되었는데, 모두 **ㅎ출판사**의 어린이용 책값을 매장별로 비교한 뒤 최저 가격을 알려주는 글이었다. **ㅎ출판사**가 이를 명예훼손이라고 주장하였기 때문이다.

<평가> 단순한 가격비교는 당연히 합법적이다. 기업들이 자신들에게 불리한

처음 방송통신심의위원회에 문의 한 것은 3월 8일이었고 처리완료 메일을 받은 3월 17일까지 걸린 시간은 9일이었다. 그리고 Daum과의 메일을 주고받으며 다시 게시물의 심의요청을 한 것이 3월 19일이었다. 바로 등록이 되었지만 17일이 지나도록 처리되고있지 않다. 언제쯤 처리될지 궁금하다. 처리가 되기는 하는 걸까? 아니면 예전 교통카드 과다청구 문제로 국민신문고에 문의한 적이 있는데 교통카드회사와 해결이 난 후 답변을 받은 적이 있다. 그 때 국민 신문고의 답변은 ‘교통카드회사에 알아보니 해결이 되었다는 답변을 받았다’ 라는 답변이었다. 아마도 방송통신심의위원회로부터 답변을 받는다면 ‘국민신문고와 비슷한 답변이지 않을까?’하는 생각이다. ‘30일이 지났고 글이 원상복구 되었으니 해결된 것이 아닌가’라고 말이다.

누군가의 신고에 의해 글이 30일간 임시접근금지조치를 당했다면, 어쩔 수 없이 30일간 타인이 접근할 수 없게 된다. 조치를 취한 Daum과 같은 포털사이트 등에서는 신고만 들어오면 조치를 취하는 것이고 글 내용에 대한 판단을 하지 않는다. 그리고 명예훼손 혐의 없음 또는 해당 없음의 결정을 얻기 위하여 조치를 내린 Daum에서 밝힌 대로 방송통신심의위원회에 문의를 해야 한다. 그러나 그 사안의 판단이 너무 어려워 시일이 걸리는지도 모르지만 30일 이내에 처리되기는 어려워 보인다. 신고번호 35490에 대한 답변이 언제 도착할지는 모르겠지만 등록 후 17일이 지났다. 등록 후 30일 이내에 도착하기만을 바랄 뿐이다.

내가 내린 결론은 어떤 글에 대해서 명예훼손 또는 권리침해의 소지가 있든지, 없든지 간에 신고만 하면 30일 동안 임시접근금지조치가 되고, 게시물을 쓰고 등록한 사람의 입장에서 혐의 없음 또는 해당사항 없음을 밝히고 글을 원상복구하는 것이 쉽지않은 일이다. 쉽지 않을 뿐더러 30일이라는 시일 내에 밝혔 수 없을지도 모른다. 30일이라는 기간 동안 그냥 시간을 보내다 보면 정해진 날짜에 자연스레 복원되는 것을 기다리는 편이 나을지도 모른다. 또한 신고자의 입장에서 30일 이내에 혐의 있음을 입증하면 그 글은 즉시 삭제된다. 그러나 신고자의 입장에서 그 혐의 있음을 밝히는 과정도 미와 같을 테니 임시접근금지 조치 기간동안 삭제 되는 경우도 없을 것이란 생각이 든다. 더군다나 글의 내용이 판단하기 어려운 경우라면, 결과가 나오지 않는 경우는 없겠지만 30일 이후에 결과가 나올지도 모를 일이기 때문이다. 신고자도 눈에 가시 같은 글을 30일 동안 빛을 못 보게 하여 사람들의 접근을 막고 30일 후에도 그 글이 복원되더라도 시간이 지남에 따라 사람들의 기억에서 잊혀지기를 원하는 것 같다. 그러한 시도가 단 한 건의 신고로 이루어지니 어려울 것도 없다. 그냥 신고만 하면 된다.

이 시점에서 권리침해 신고 절차가 궁금해졌다.

캡처 9. Daum 고객센터의 권리침해 신고 절차.

신청요과

다음 내 회원이 작성한 공개 게시물을 인하여, 명예훼손, 초상권침해 및 기타 법률상 권리 침해의 피해를 입으셨다면 권리침해신고를 접수하여 주시기 바랍니다. 권리침해신고는 그 신고 내용에 따라 신고자, 권리 침해를 하였다고 의심되는 이용자(카페의 경우는 해당 카페의 운영자)에게 권리 침해 신고가 접수 되었음을 통보하고 침해의 의심이 되는 게시물, 메뉴를 삭제 또는 임시 삭제합니다. 주민번호/ 전화번호 등의 개인정보 공개 게시, 초상권 침해 등 침해 여부가 명확한 경우에는 게시자에게 경고 조치 및 문제가 되는 게시물은 영구 삭제 됩니다. 명예훼손 주장 등으로 침해 여부가 불분명한 게시물은 관련 법률에 따라 30일간 임시삭제 조치 됩니다.

19) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/232819.html

사실들을 인터넷 상에서 아무런 제약없이 삭제함에 있어 바로 임시조치제도가 편리한 도구가 되고 있음을 알 수 있다.

○ 곰플레이어 사례²⁰⁾

이글루스 블로그를 운영하고 있는 게시자는 2007년 8월 2일, ‘곰플레이어가 개인정보를 수집 및 유통한다’는 내용의 글을 임시조치 당했다. 요청자는 곰플레이어 제작업체인 (주)그래텍. 게시자가 삭제해서 원 글은 볼 수 없지만, 삭제된 글은 곰플레이어가 개인정보를 수집, 유통한다는 ‘의혹’을 제기한 글로 보인다. 비슷한 의혹을 제기한 다른 블로거의 게시글도 삭제된 것으로 보인다.²¹⁾

■ 곰플레이어

2007년 8월 2일 이글루스는 (주)그래텍으로부터 권리침해를 근거로 회원님께서 작성하신 글에 대한 삭제요청을 받았습니다.
‘곰플레이어가 개인정보를 수집 및 유통한다’는 내용의 기사나 글이 배포됨에 따라 심각한 피해를 입고 있다는 이유입니다.

미에 회원님께서 작성하신 다음 포스트는 임시로 비공개로 전환되었습니다.

=_=:;

내글에서 저장을 할거라는 단정은 지은적이 없는데 멋대로 비공개로 전환해버렸네요..
강 귀찮아서 글 지워버렸습니다..

요지는 곰플레이어쪽에서 동영상 자막체크시 사용하는 key= 값생성은 md5 로직으로 동영상파일의 앞부분 1메가바이트 부분에서 생성시킨 값으로 검색한다는 것..

곰속에서 유저가 자막요청시 그 데이터 받아서 서버에서 무슨짓을 하는지 나는 모르므로 그들이 그것을 로그로 남겨서 수집을 하는지 안하는지는 일반 유저가 알수는 없다는것이었는데..

자기들이 서버에서 하는 로직이나 코드나 뭔가를 공개하고 자기들은 수집안한다고 말해야 의혹이 안생기지..

성인동영상 사용비를 40%인가 60%인가 하는 조사결과가 나왔다는데 미쳤다고 자기컴퓨터 사용내역을 수집해도 되게 허용해놓고 마동보는 넘이 그렇게 다수가 나온다는건 이해가 안 되잖습니까..

20) <http://zeprid.egloos.com/3655712>

21) <http://pillua.egloos.com/508955>

<평가> 위 내용을 읽어보면 알겠지만 게시자는 단지 콤플레이어가 개인정보 수집을 가능케 하는 특정 기술을 사용하는 것에 대해 의혹을 제기한 것 뿐이며 이 자체로 명예훼손이 성립할 수는 없다. 콤플레이어측이 특히 이에 대해 해명을 하지 않고 우선 삭제를 시도하는 것은 임시조치 제도가 어떻게 이용되고 있는지를 보여주는 사례이다.

3. 소결

위에서 살펴보았듯이 수많은 게시글들이 실제 위법성과 관련없이 합법적임에도 불구하고 임시조치당하고 있음을 알 수 있다.

그리고 역시 공식적 통계를 찾기 어렵지만 임시조치를 요청하는 자들의 압도적인 다수가 기업이나 정치인들로 알려지고 있다. 즉 임시조치는 많은 사람들을 고용하여 인터넷을 뒤져서 자신에게 불리한 내용을 찾아낼 수 있는 재력을 가진 자들에게 전유되고 있는 것이다.

II. 현행법의 해석

현행법상 정보통신서비스 제공자는 정보통신망법 제44조의2 제1항과 제2항에 따라 특정 “정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우. . . 그 권리를 침해받은 자가. . . 삭제를 요청할 수 있고. . . 정보통신서비스 제공자는 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제 및 임시조치를 해야 한다.” 여기서 ‘임시조치’란 해당 정보에 대해 30일 이내의 기간 동안 임시적인 차단조치를 하는 것을 말하며 ‘블라인드 조치’라고도 한다. 그리고 위 절차를 따르면 서비스제공자는 제44조의2제6항에 따라 게시물로 인해 발생하는 배상책임을 면제 또는 경감받을 수 있다.²²⁾

22) 제44조의2 (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 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 “삭제등”이라 한다)를 요청할 수 있다.

1. 입법의도

정보통신망법 제44조의2는 서비스제공자가 타인의 권리를 침해하는 게시물을 신속히 삭제할 경우 그 게시물에 대해 서비스제공자가 질 수 있는 민사적 책임을 제한하는 법적 혜택을 제공하는 것을 골짜로 하고 있다.

서비스제공자가 타인의 권리침해를 알면서 해당 정보를 삭제하지 않는 행위는 기존 형법 상의 '방조'나 민사불법행위 상의 공동불법행위의 한 형태에 해당할 수 있다. 예를 들어 저작권침해인 줄 알면서 이를 삭제하지 않는 행위는 저작권법의 기여침해(contributory infringement)가 될 수 있을 것이다. 심지어는 불법여부에 대한 실제인지(actual notice)가 아니라 추정적 인지(constructive notice- 즉 알았어야 하는 상황)가 있는 경우에도 위와 같은 방조 내지 공동불법행위 이론을 통해 서비스제공자는 민형사상 책임을 질 수 있다.

그러나 기존 형법이나 민법에 의한 정보유통의 규제 하에서는 서비스제공자가 어떤 경우에 서비스 내의 게시물에 대해 책임을 지는지가 불분명하고 이에 따라 서비스제공자는 ① 타인의 권리를 침해하는 게시물에 대해 신속하게 대응하지 않을 수도 있고 ② 거꾸로 타인의 권리를 침해하지 않는 게시물에 대해 과도하게 대응할 수도 있다. 특히 후자의 가능성의 경우 서비스제공자는 이용자에 대한 사적 검열자로 기능할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 **삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고** 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 **하여야 한다**.

③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.

⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.[전문개정 2008.6.13]

이 상황에서 정보통신망법 제44조의2는 서비스제공자에게 명백한 면책방법을 제공하여 서비스제공자의 신속한 권리침해물 삭제를 유도하는 동시에 서비스제공자가 이렇게 제공된 면책방법에 자신을 한정하도록 유도함으로써 민형사적 책임의 가능성 때문에 서비스제공자가 게시물들을 과도하게 검열하는 것을 방지할 수 있다.

이와 비슷한 제도는 저작권법 제103조 2, 3 및 5항에도 나타난다.²³⁾ 저작권

23) 제102조 (온라인서비스제공자의 책임 제한) ①온라인서비스제공자가 저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. ②온라인서비스제공자가 저작물등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 **기술적으로 불가능한 경우에는** 그 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임은 면제된다.

제103조 (복제·전송의 중단) ①온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(이하 이 조에서 “권리주장자”라 한다)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있다.

②온라인서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물등을 복제·전송하는 자(이하 “복제·전송자”라 한다) 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 한다.

③제2항의 규정에 따른 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

④온라인서비스제공자는 제1항 및 제3항의 규정에 따른 복제·전송의 중단 및 그 재개의 요구를 받을 자(이하 이 조에서 “수령인”이라 한다)를 지정하여 자신의 설비 또는 서비스를 이용하는 자들이 쉽게 알 수 있도록 공지하여야 한다.

⑤온라인서비스제공자가 제4항의 규정에 따른 공지를 하고 제2항 및 제3항의 규정에 따라 그 저작물등의 복제·전송을 중단시키거나 재개시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다. 다만, 이 항의 규정은 온라인서비스제공자가 다른 사람에 의한 저작물등의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 안 때부터 제1항의 규정에 따른 중단을 요구받기 전까지 발생한 책임에는 적용하지 아니한다. ⑥정당한 권리 없이 제1항 및 제3항의 규정에 따른 그 저작물등의 복제·전송의 중단이나 재개를 요구하는 자는 그로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다.

⑦제1항 내지 제4항의 규정에 따른 소명, 중단, 통보, 복제·전송의 재개, 수령인의 지정 및 공지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 이 경우 문화관광부장관은 관계중앙행

법 제103조 제2, 3, 5항은 “복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시. . .복제·전송을 중단시키고…복제·전송하는 자 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하(거나)……복제·전송자가……정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우……재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시(킨 경우), 온라인서비스제공자는……다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해…… 및 복제·전송자에게 발생하는 손해에 대한……책임을 감경 또는 면제할 수 있다”고 하고 있다.

그리고 저작권법 제103조는 미국의 Digital Millenium Copyright Act의 notice-and-take-down와 매우 비슷하다.²⁴⁾

정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.

24) 17 U.S.C. Sec. 512. Limitations on liability relating to material online [DMCA Safe Harbor provisions]<중략>

- (c) Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users. -
- (1) In general. - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider -
 - (A)
 - (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;
 - (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or
 - (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;
 - (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and
 - (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.
- (2) Designated agent. - The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:
 - (A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.
 - (B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate. The Register of Copyrights shall maintain a current directory of agents available to the public for inspection, including through the Internet, in both electronic and hard copy formats, and

may require payment of a fee by service providers to cover the costs of maintaining the directory.

- (3) Elements of notification. -
 - (A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:
 - (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.
 - (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.
 - (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.
 - (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.
 - (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.
 - (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.
 - (B)
 - (i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.
 - (ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A). <중략>
- (g) Replacement of Removed or Disabled Material and Limitation on Other Liability. -
 - (1) No liability for taking down generally. - Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing.
 - (2) Exception. - Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or

저작권법 제103조와 DMCA 제512조의 구조를 살펴보면 다음과 같은 공통점을 가지고 있다.

① 서비스제공자는 게시물이 실제로 저작권을 침해하는가에 관계없이 피해 주장자의 요청이 있을 때 그 게시물을 차단해야 면책을 받을 수 있다.

② 서비스제공자는 게시자가 다시 게시물의 복원을 요청하면 그 게시물이 실제로 저작권을 침해하는지에 관계없이 그 게시물을 복원해야 면책을 받을 수 있다.

for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider -

- (A) takes reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material;
 - (B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and
 - (C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.
- (3) Contents of counter notification. - To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:
- (A) A physical or electronic signature of the subscriber.
 - (B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled.
 - (C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.
 - (D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person.
- (4) Limitation on other liability. - A service provider's compliance with paragraph (2) shall not subject the service provider to liability for copyright infringement with respect to the material identified in the notice provided under subsection (c)(1)(C).

③ 피해주장자가 소송을 제기하지 않는 이상 서비스제공자는 복원된 게시물을 그대로 유지할 수 있다.

④ 위 절차를 따르게 되면 서비스제공자는 피해주장자 및 게시자 양측으로부터 면책을 받게 된다.

위와 같은 구조를 한마디로 정리하자면, 서비스제공자는 각 게시물의 합법성을 일일이 판단하지 않고 게시자와 피해주장자의 요청을 그대로 따라 줌으로써 게시자와 피해주장자 양측으로부터 면책을 받도록 하는 것이다.

둘 사이의 견해가 일치하지 않을 경우에는 어떻게 되는가? 서비스제공자는 사법적 판단을 기다릴 수 있으며 그 동안에는 게시물은 원래의 게시 상태로 유지되어야 한다는 것이다. 타인의 권리를 침해하는 정보의 신속한 구제라는 입법목적이 달성되지 않을 것 같지만 실제로 차단된 대부분의 게시물에 대하여 게시자는 복원요청을 하지 않는 것이 현실이다. Naver의 경우 95% 이상의 차단된 게시물에 대해 게시자는 이의제기를 하지 않는다. 게시자가 이의제기를 하지 않는다는 것은 차단에 대해 암묵적 동의를 해준다고도 볼 수 있다. 결국 권리침해의 주장이 있는 게시물의 95%가 불법성을 일일이 판단하는 번거로운 절차를 거치지 않고 양자의 동의에 의해 차단이 되는 것이다. 이와 같이 차단되는 게시물의 상당수는 궁극적으로 합법적인 게시물들도 있겠지만 게시자 스스로가 차단에 암묵적으로 동의했다는 면에서 보호할 가치가 줄어들었다고 볼 수 있으며 위와 같은 절차는 매우 효율적인 분쟁조정절차라고 볼 수 있다. 저작권법 제103조 및 DMCA 제512조는 법적 면책을 주는 방식으로 서비스제공자가 둘 사이의 의견을 전달하는 중개자(intermediary)의 역할을 하도록 독려하는 기능을 하는 것이다.

물론 게시자가 복원요청을 하는 나머지 5%의 경우에도 불법적인 게시물이 포함되어 있을 수도 있다. 그러나 서비스제공자는 자신의 판단에 의해 불법성이 인정된 경우에는 자발적으로 삭제를 할 수 있는 가능성은 항상 열려 있다. 또 서비스제공자가 게시자의 복원요청을 받아들이지 않는다고 하여서 무조건 게시자에 대하여 책임을 지는 것도 아니다. 서비스제공자가 복원을 하지 않을 경우 단지 상기 법조항에 의하여 부여되는 게시자에 대한 면책이 사라질 뿐이지 반드시 게시자에 대해 책임을 져야 하는 것은 아니다. 서비스제공자는 게시

물을 삭제하였다고 하여도 민법 및 공정거래법 위반이 없는 이상 책임을지지 않는다.

그렇다면 서비스제공자가 판단하기에 불법성이 명백한 경우에만 복원요청을 받아들이지 않겠지만 그렇지 않다면 서비스제공자는 게시자에 대한 면책을 얻기 위해 게시자의 게시물을 복원해줄 것이다. 결국 이 절차 역시 서비스제공자의 판단 하에 불법성이 명백하지 않은 경우에는 게시자의 권리를 보호하도록 하고 불법성이 명백한 경우에는 피해주장자의 권리를 보호하도록 하는 효율적인 절차라고 볼 수 있다.

위의 구조의 유사성을 살펴보자면 정보통신망법 제44조의2도 저작권법 제103조나 DMCA 제512조와 마찬가지로 법적 면책을 대가로 하여 서비스제공자가 타인의 권리를 침해하는 정보에 대하여 그 정보의 권리침해성을 일일이 따져보지 않고 신속한 조치를 취하도록 하려는 제도라고 볼 수 있다.

2. 정보통신망법 제44조의2 제1항과 제2항의 해석

위에서 살펴보았듯이 전체적인 구조상 정보통신망법 제44조의2의 입법취지를 미국의 DMCA 제512조와 우리나라 저작권법 제103조에서 찾는 것에 큰 무리는 없는 것 같다. 그런데 정보통신망법 제44조의2는 위의 구조와는 차이가 있다. 대표적으로 위의 ②에 해당하는 게시자의 복원권과 이에 따른 게시자에 대한 책임으로부터의 면책이 존재하지 않는다. 이 외에도 정보통신망법 제44조의2는 필요적 면책이 아닌 임의적 면책을 부여한다는 점에서도 차이가 있는데 이에 대해서는 아래에서 다시 살펴보기로 한다.

이에 따라 이 장에서는 정보통신망법 제44조의2의 입법취지를 비교법적으로 유추해내지 않은 상황에서 법조항 자체에 대한 분석을 통해 해석해보고자 한다.

가. 두 가지 해석 방법: “침해된 경우” vs. “침해되었다고 주장하는 경우”

해당 조항을 자세히 살펴보면 다음과 같다.

① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다.

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

위에 대해서는 두 가지의 다른 해석이 있을 수 있다. 첫 번째 해석은 ‘타인의 권리가 침해되고’ (and) ‘해당 정보의 삭제 등을 요청받으면’ 포털이 삭제 및 임시조치를 해야 한다는 해석이다.

두 번째 해석은 위의 제1항의 ‘타인의 권리가 침해되고’라는 문구는 객관적으로 ‘권리침해’가 있어야 삭제 및 임시조치의무가 발생한다는 의미가 아니라 누군가 자신의 권리가 침해된다고 생각할 때 제2항 상의 요청을 할 수 있고 이 요청이 있으면 서비스제공자는 반드시 이에 대해 삭제 및 임시조치를 해야 한다는 주관적인 요건을 의미한다는 것이다. 즉 타인의 권리를 실제로 침해하든 그렇지 않은 누군가 ‘해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체없이 필요한 조치를 해야 한다’는 것이다.

우리는 첫 번째 해석을 ‘객관주의적 해석’으로 두 번째 해석을 ‘주관주의적 해석’으로 명명할 수 있다.

44조의2 1항과 2항에 대한 다른 두 개의 해석	
객관주의적 해석	주관주의적 해석
‘권리가 침해된 경우’	해당요건 없음
‘요청이 있는 경우’	‘요청이 있는 경우’

위 조항은 일견 객관주의적 해석을 따르는 것이 법문에 충실한 해석인 것처럼

럼 보인다. 즉 위의 범조항들은 ‘타인의 권리가 침해된 경우’에 삭제 및 임시조치의 의무를 부과하는 것처럼 보인다. 그리고 그렇다면 ‘타인의 권리가 침해된 경우’에만 삭제 및 임시조치 의무를 부과하는 것이므로 그 헌법적 정당성도 충분한 것처럼 보인다.

그러나 실제로 위의 범조항들의 실질적 효과는 주관주의적 해석과 부합한다. 즉 정보통신서비스제공자가 객관적으로 타인의 권리의 침해가 없다고 할지라도 ‘삭제요청’이 있으면 반드시 삭제나 임시조치를 할 강력한 동기를 부여한다.

나. 객관주의적 해석의 비현실성

제44조의2제1항 및 2항은 “타인의 권리가 침해된 경우”에만 삭제 또는 임시차단조치의 의무가 있는 것처럼 즉 객관주의적으로 읽힐 수도 있다. 그러나 삭제 및 임시조치를 해야 하는 시점이 문제이다. “해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체없이 삭제 및 임시조치를 해야 한다”라고 되어 있다. 해당 정보의 삭제 요청을 받는 시점은 타인의 권리 침해여부에 대한 어떠한 사법적 또는 행정적 판단이 없는 시점이다. 타인의 권리침해는 명예훼손, 초상권, 프라이버시권, 상표권, 저작권 등등 다양한 법률에 걸쳐 일어날 수 있는데 서비스제공자가 일일이 정확한 판단을 내릴 수는 없을 것이다. 왜냐하면 대부분의 권리침해여부는 게시물 외적인 요소에 의해 결정되기 때문이다. 그렇다면 대부분의 서비스제공자는 되도록 안전하게 삭제요청이 있는 모든 게시물에 대해서 삭제 및 임시조치를 할 수 밖에 없다.²⁵⁾ 결국 서비스제공자는 합법적인 게시물마저도 삭제 및 임시차단할 것이다.

조금 더 자세히 살펴보자면, 제44조의2에 따르면 주관적으로 피해를 주장하는 자가 서비스제공자에게 삭제를 요청하고 서비스제공자가 이를 거부하였을 때, 피해를 주장하는 자가 추후에 게시자를 상대로 명예훼손 등의 소송을 벌여 게시물의 위법성을 법원 등을 통해 입증하면 게시자 뿐만 아니라 서비스제공자도 위법을 저지른 것이 된다. 결국 서비스제공자는 게시물의 위법성에 대해 잘못 판단한 것만으로도 위법을 저지른 것으로 간주되는 것이다.

25) 제44조의2가 의무조항이라면 위법상황을 피하기 위하여 제44조의2가 면책조항이라면 면책을 얻기 위하여.

그렇다면 서비스제공자가 게시물에 불법성을 인지하였는지에 관계없이 삭제요청의 거부에 대해 추후에 책임을 지는 위험을 감수하는 규범적 상황에 대해 서비스제공자들이 어떻게 반응하게 될지에 대해 생각해보자.

① 게시물이 불법임을 알고 있는 서비스제공자는 당연히 삭제요청이 있으면 곧바로 삭제나 임시조치를 하게 된다.

② 게시물이 불법인지 합법인지 모르는 서비스제공자 입장에서는 불법성에 대해 몰랐다고 할지라도 이를 몰랐다는 것이 항변이 되지 않으니 임시조치나 삭제를 할 수 밖에 없다.

③ 게시물이 합법이라고 생각하는 서비스제공자 역시 법원이나 방송통신심의위 등의 유권해석기관들이 서비스제공자의 견해와 다른 견해를 가질 위험을 감수해야 하며 이 위험을 감수할 하등의 이유가 없으므로 역시 삭제나 임시조치를 하게 된다.

결국 위의 ① ② ③의 상황 모두에서 서비스제공자는 삭제나 임시조치를 하게 된다.

물론 이에 대한 반론으로 위의 ②나 ③과 같은 상황에서 서비스제공자들이 삭제나 임시조치를 하게 된다는 것은 단순히 서비스제공자들의 선택이지 법률이 강제하는 상황이 아니라는 주장도 가능하다. 실제로 합법인 줄 알고 한 행위가 나중에 사법기관에 의해 불법이라고 판단될 수 있는 위험 때문에 특정행위를 하지 않았다고 하여 그와 같은 결과가 법률에 의해 강제된 것으로 치부되지는 않는다. 예를 들어 특정물질이 마약으로 분류되는 줄 몰랐다고 해서 마약을 먹은 행위가 면책되는 것은 아니며 바로 그러한 위험 때문에 모든 하얀색 분말을 회피한다고 하여 그 회피가 모두 법률에 의해 강제된 것으로 볼 수는 없다는 것이다. 하지만 위의 사례는 법의 무지가 항변이 되지 않는다는 일반적 법리를 확인하는 것 뿐이다.

실제로 그 물질이 무엇인지 몰랐던 사람에게도 법적 책임을 지운다면 그 법 때문에 하얀색 분말을 모두 회피하는 행태는 그 법에 의해 강제된 것으로 보아야 한다. 서비스제공자는 법을 모르는 것이 아니라 게시물의 불법성을 판단할 만한 사실관계를 모르는 것이며 이러한 면에서 자신이 음용한 물질이 무엇인지를 모르는 사람과 마찬가지로²⁶⁾

더욱 비슷한 예를 들자면, 택배회사가 배송 중인 물건에 대해 낯선 사람이 자신의 물건이라고 주장한다고 하여, 택배회사가 배송을 중단하지 않을 경, 나중에 그 물건이 실제로 그 사람의 물건이라고 밝혀지면 택배회사에게 그 물건이 남의 것인 줄 몰랐다고 할지라도 법적 책임을 지우는 것과 비슷하다.

제44조의2 하에서 서비스제공자가 게시물이 불법이라는 인식이 없다고 할지라도 그리고 불법정보가 아니라는 선의의 믿음을 가지고 있었다고 할지라도 - 피해자가 불법성을 증명하면 서비스제공자는 그 인식의 부재나 선의의 믿음을 책임에 대한 항변으로 제시할 수 없다는 것은 바로 **무과실책임**을 의미한다. 이러한 무과실책임제도 하에서는 서비스제공자는 책임을 지지 않기 위하여 해당 게시물과의 관계를 단절하는 수 밖에 없게 된다. 즉 삭제나 임시조치를 할 수 밖에 없게 된다는 것이다.

정리하자면, 제44조의2 제1항과 제2항이 (1) 피해주장자의 요청이 있고 (2) 권리침해가 있는 경우에만 삭제 및 임시조치의무를 부과한다는 “객관주의적 해석”은 서비스제공자들이 당면하게 되는 현실과는 거리가 있다. 현행 제44조의2는 무과실책임을 부과하는 매우 특수한 규범상황을 전개하고 있기 때문에, 서비스제공자들이 권리침해 여부를 판단하지 않고 피해주장자의 요청이 있다는 이유만으로 삭제나 임시조치를 할 수 밖에 없게 만든다. 위에서 밝혔듯이 서비스제공자들은 제44조의2의 구조 하에서는 무과실책임을 피하기 위해 게시물이 합법적임을 아는 상황에서도 삭제를 할 강력한 동기를 가지게 된다. 현재 법문의 구조 상 합법적인줄 알았다거나 불법임을 몰랐다는 것이 삭제나 임시

26) 바로 그러한 이유로 정보통신망법 제44조의2가 제정되기 전의 대법원 판결은 불법성의 인지를 정보서비스제공자의 책임의 요건으로 정하고 있다. 대법원 2003. 6.27. 선고 2002다72194 손해배상(기). “온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자 게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게하기 위하여는 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 삭제요구의 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”

조치를 하지 않은 것에 대한 항변이 되지 않기 때문이다.

다. 정보통신망법 제44조의3의 임시조치에 대한 편면적 면책

정보통신망법 제44조의2 제1항과 제2항이 부과하는 규범적 상황은 정보통신망법 제44조의3에 의해 더욱 고착화된다.

서비스제공자는 게시물물의 게시를 방조함으로써 책임을 질 뿐 아니라 이용자의 게시물물을 삭제함으로써도 책임을 질 수도 있다. 게시자에 대한 책임을 입증하기 위해서는 다음 두 가지 이론이 동원될 수 있다. ① 우선 공정거래법 상의 이론이 있을 수 있고²⁷⁾ ② 민법 상의 이론이 있을 수 있다.²⁸⁾ 그리고 이와 같은 위법가능성은 이론적으로 서비스제공자들이 합법적인 게시물에 대해 삭제나 임시조치를 쉽게 하지 않도록 동기를 부여할 것이다. 그리고 이와 같이 서비스제공자에 대해 이용자의 게시물 삭제에 대해 법적책임을 부과하는 법리들은 서비스제공자가 제44조의2 제2항 상의 의무만을 엄두에 두고 쉽게 삭제하려는 성향을 억제할 것이다.

그러나 제44조의3은 “정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다”라고 되어 있어 정보통신서비스 제공자를 임시조치에 관한 한 완전히 면책시키고 있다.

	제44조의3조	제44조의2조 제1항 및 2항
게시물내용에 대한 요건	“타인의 권리를 침해한다고 인정되면”	“타인의 권리가 침해된 경우”
요청요건	권리침해를 주장하는 자의 요청이 없더라도	권리침해를 주장하는 자의 요청이 있는 경우

27) 공정거래위원회는 2008. 7. 18. 5개 포털사업자의 약관이 불공정함을 지적하면서, 고객의 게시물물을 구체적인 근거없이 삭제할 수 있도록 한 조항은 불공정약관의 유형에 해당하므로 시정개선을 요구하였다. 즉, 이용자는 합부로 자신의 글이 삭제당하지 않을 공정거래법상의 권리가 있다고 본 것이다.

28) 이용자와 정보통신서비스제공자 사이의 계약을 말하며 이용자의 게시물물을 마음대로 지울 수 없다는 암묵적인 합의의 위반하였다는 주장을 말한다. 물론 이 계약상의 의무는 약관을 통해 변경될 수 있으면 결국은 약관의 합법성을 다투는 공정거래법적 다툼으로 수렴된다.

법적 효과	임시로 차단할 수 있다	반드시 삭제 및 임시조치를 해야 한다
포털에 미치는 영향	공정거래법 또는 민법 상의 계약으로부터 면제시켜 임시조치를 자유롭게 하도록 허용함	권리침해가 발견될 것에 대비하여 모두 삭제 및 임시조치를 할 동기부여

즉 서비스제공자는 피해를 주장하는 자가 있는 경우 임시조치를 이행하지 않으면 위의 장에서 언급한 모든 책임을 질 위험을 감수하는 반면 임시조치를 이행할 경우에는 피해를 주장하는 자가 없다고 할지라도 아무런 책임을 지지 않게 되는 것이다.

이러한 상황에서 피해를 주장하는 자가 있다면 서비스제공자는 더욱더 임시조치를 이행할 동기를 가지게 된다. ‘삭제’에 대해서는 이렇게 적극적인 면책조항이 없으므로 삭제는 다르게 볼 여지가 있지만 적어도 임시조치에 대해서는 서비스제공자는 이를 시행하지 않음으로써 감수하는 위험은 매우 큰 반면 이를 시행함으로써 감수하는 위험은 제로이다. 이와 같은 법의 실질적 효과는 피해의 주장이 있으면 그 피해의 법적 사실적 타당성에 관계없이 임시조치를 하게 된다는 것이다. 결국 서비스제공자 입장에서는 자신이 합법적이라고 생각하는 게시물마저도 책임을 피하기 위하여 삭제 요청이 있으면 무조건 삭제나 임시조치를 하게 된다는 것이며 이는 “객관주의적 해석”이 아니라 “주관주의적 해석”과 부합한다.

라. 제44조의2 제4항의 임시조치

위에서 우리는 정보통신망법 제44조의2 제1항과 제2항이 서비스제공자들이 권리침해에 대한 주장 만 있어도 ‘삭제·임시조치 등의 필요한 조치’를 할 강한 동기를 부여한다는 점을 살펴보았다. 여기서는 ‘임시조치’에 한정하여 살펴볼 때 정보통신망법 제44조의2 제4항은 ‘임시조치’를 해야 할 더욱 강력한 동기를 부여한다는 점을 살펴보고자 한다.

	제44조의 2 제1항 및 제2항	제44조의2 제4항
게시물내용에 대한 요건	“타인의 권리가 침해된 경우”	“권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우

		에는”(44조의2의 4항)
요청요건	권리침해를 주장하는 자의 요청이 있는 경우	권리침해를 주장하는 자의 요청이 있는 경우
법적 효과	반드시 삭제 및 임시조치를 해야 한다	“1항의 요청에도 불구하고 임시조치를 할 수 있다” --> 실제 의미: “ 하여야 한다. ”
포털에 미치는 영향	권리침해가 발견될 것에 대비하여 모두 삭제 및 임시조치를 할 동기부여	

제44조의2의 제4항은 권리침해를 주장하는 자의 요청이 있을 때 “권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하, 임시조치)를 할 수 있다”고 되어 있다. “**할 수 있다**”라고 되어 있어 임시조치가 선택적인 것처럼 보이나 제44조의2 제1항 및 제2항과 하나의 맥락에서 해석해야 한다. 이 맥락은 제44조의2 제4항이 ‘제1항의 요청에도 불구하고’라는 문구에서 그 실마리를 찾을 수 있다.

다시 말하면 제44조의2 제1항과 제2항의 ‘삭제·임시조치 등의 필요한 조치’는 “타인의 권리가 침해된 경우”에 적용되고 제44조의 제4항의 ‘임시조치’는 “권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우”에 적용된다. 후자의 경우에 대해 ‘할 수 있다’라는 표현을 사용한 것은, 제44조의2는 전체적으로 서비스제공자가 피해주장에 대하여 대응할 의무를 규정하고 있는데 후자의 경우에는 그 의무를 ‘임시조치’로써 충족할 수 있다는 의미인 것이다. 즉 제44조의2 제4항은 특정한 상황에서 무언가를 해야 하는데 임시조치로써 그 요건을 충족할 수 있다는 것이지 아무것도 하지 않아도 된다는 의미는 아닌 것이다. 결국 제44조의2 제4항의 “할 수 있다”는 “해야 한다”는 의미이다.

그렇다면 제44조의2제4항은 “권리침해가 있고 요청이 있으면 ‘삭제·임시조치 등의 필요한 조치’를 하여야 하지만 권리침해가 불분명하거나 당사자간의 다툼이 예상되는 경우에는 요청이 있더라도 임시조치를 하여야 한다”는 의미로 정리된다.

우리는 제44조의2 제1항과 제2항이 문구상으로는 ‘객관적 요건’으로 해석되지만 실질적으로는 ‘주관적 요건’으로 해석됨을 확인하였다. 즉 실제 권리침해가 있는 경우에만 서비스제공자의 대응의무가 발생하는 것처럼 보이지만 실제 권리침해가 없어도 침해의 주장만 있어도 서비스제공자의 대응의무가 발생하는 것임을 확인하였다. 그런데 제44조의2 제4항은 “권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우”에는 반드시 “임시조치”를 해야 함을 정하고 있다.

그런데 ‘이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우’는 게시자와 피해주장자 사이에 의견대립이 있는 경우가 이에 해당할 것인데 피해주장자는 이미 제1항의 요청을 통해 견해를 표명하였고 의견대립이 있는지 알아보려면 게시자의 견해를 물어보아야 할 것이다. 그러나 다음과 같은 이유로 게시자의 견해를 확인하는 것은 무의미한 것이고, 피해주장이 있는 모든 경우가 의견대립이 있는 것으로 보아야 하며 제44조의2 제4항은 피해주장이 있는 모든 경우에 임시조치를 의무화하고 있는 것으로 해석된다.

즉 제44조의2 전체의 전반적인 취지는 게시물로부터 피해자를 보호하기위해 서비스제공자가 관련 게시물을 초기에 억제하도록 하는 의무를 정하고 있는 것이며 그렇기 때문에 이 의무는 게시자들의 주관적인 견해에 무관하게 적용된다. 물론 중국적으로 분쟁을 해결하기 위해서는 게시자의 주관적인 견해도 중요해지겠지만, 초기에 피해확산을 방지하기 위한 조치를 취할 때의 ‘조치’는 게시자의 주관적인 견해를 청취하기 전의 조치를 의미하는 것이다. 이와 같은 입법취지에 비추어보았을 때 제44조의2제4항이 ‘임시조치’를 의무화하는 조건으로서 게시자의 견해를 들어보고 게시자가 피해주장자와 견해를 달리 할 것을 요구하는 것은 의미가 없다.

게다가 실제로 게시자의 견해를 들어보도록 요구하는 것의 의미는 없다. ‘이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우’라 함은 양쪽의 견해가 일치하는 경우의 부정을 말하는 것이다. 그러므로 서비스제공자가 제44조의2제4항의 임시조치 적용 여부를 판단하기 위해서는 양쪽의 견해가 일치하는가만을 확인하면 된다. 양쪽의 견해가 일치하는 경우는 (1) 양쪽이 모두 삭제에 동의하거나 (2) 양쪽이 모두 게시유지에 동의하는 두 가지가 있다. 그런데 여기서는 이미 피해

주장자가 삭제를 요청하였으므로 위에서 (2)의 가능성 만을 염두에 둘 수 밖에 없다. 그렇다면 게시자의 견해를 들어 견해의 대립을 확인해 본다는 것은 게시자가 삭제에 동의하는가를 확인하는 의미가 될 뿐인데 게시자가 삭제에 동의한다고 해서 ‘이해당사자 간에 다툼’이 예상되지 않으므로 임시조치를 하지 않는다는 것은 모순적일 것이다.

결론적으로 ‘이해당사자 간에 다툼이 예상하는 경우’라 함은 피해주장자가 요청한 모든 경우를 말하며 제44조의2 제4항의 의미는 피해주장이 있는 모든 경우에 반드시 임시조치를 해야 한다는 의미가 된다.

또 ‘권리의 침해 여부를 판단하기 어려운 경우’의 의미도 마찬가지이다. 제44조의2 제1항과 제2항이 ‘권리를 침해하는’ 게시물에 대한 것이라면(객관적 요건으로서의 해석) 제4항의 ‘권리의 침해 여부를 판단하기 어려운 경우’라 함은 ‘권리를 침해하는 것이 부정되는 것’과 ‘권리를 침해하지 않는 것이 부정되는 것’ 모두를 포함할 것이며 이 두 상황은 서로 배타적이지 않고 중복될 수 있다. 결국 ①권리가 침해되는 것이 확실하지 않거나 ②권리가 침해되지 않는 것이 확실하지 않는 한 반드시 임시조치를 해야 한다는 것이다. 위의 ②의 상황에서 임시조치를 하는 것은 그 자체로 의미가 있을 수 있으나 위의 ①의 경우에도 반드시 임시조치를 하도록 한다는 것은 결국 실제 피해가 없더라도 피해주장이 있는 경우에 반드시 임시조치를 해야 함을 의미한다.

결론적으로 제44조의2 제1항과 제2항은 법적으로는 권리침해가 있는 경우에만 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 요구하면서 실질적으로는 권리주장자의 요청이 있는 경우 사업자들이 관련 조치를 할 수 밖에 없도록 하는 반면, 임시조치 만을 다루는 제44조의2 제4항은 아예 법적으로 권리주장자의 요청만으로도 임시조치의무가 발생하게 된다.

혹자의 경우 이것마저도 관련 게시물에 의한 침해가 있는 것으로 나중에 판명된 경우에만 위법상황이 발생하는 것으로 해석되어야 한다고 주장할 수도 있다. 즉 제44조의2제1항 상의 요청이라 함은 실제 침해가 있는 경우의 요청만을 말하는 것이며 그 요청이 있는 경우 ‘잘 모르겠다면’ 임시조치를 하면 되며 최소한 임시조치는 해야 한다는 것이지 만약 침해가 없는 것이었다면 임시조치를 하지 않더라도 면책이 없어지지 않는다는 것이다.

그러나 이에 대해서는 위에서 말했듯이 문제를 다시 논의하지 않을 수 없다. 즉 법적으로는 실제 게시물이 위법한 경우에만 면책이 없어진다고 할지라도 사실적으로는 서비스제공자들은 게시물이 위법하지 않더라도 면책을 얻을 가능성을 보전하기 위해 무조건 임시조치를 하려 할 것이다.

마. 소결

위와 같은 주관주의적 해석은 정보통신망법 제44조의2의 입법취지를 저작권법 제103조 및 미국 DMCA 제512조에서 유추한다고 가정하였을 경우와 일맥상통한다. 즉 저작권법 및 DMCA 모두 위에서 밝혔듯이 서비스제공자들이 게시물 각각의 위법성을 일일이 판단하지 않고 많은 수의 게시물들을 양자의 동의 하에 차단하면서도 게시자가 복원요청을 하는 소수의 게시물들만을 보호 및 유지하도록 하는 제도이다. 정보통신망법 제44조의2 역시 이 제도의 기본적인 틀을 따른다고 보았을 때 정보통신망법 제44조의2 제1, 2, 4항은 권리침해의 주장만 있어도 게시물에 임시조치를 하여야 면책을 부여하는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

3. 제44조의2제6항의 효력 - 임의적 면책과 필요적 면책의 차이

정보통신망법 제44조의2를 위와 같이 해석한다면 이 조항은 임시조치를 서비스제공자들에게 절대적으로 의무화하는 것이 아니고 면책을 원할 경우에만 면책의 요건으로서 의무화하는 것이 되며 그렇다면 서비스제공자는 법에 강제되어서 임시조치를 취하는 것이 아니라 법적 면책을 얻기위해 자발적으로 임시조치를 취하는 것이 되면 헌법적 문제는 없어지는 것처럼 보인다.

그런데 정보통신망법 제44조의2가 DMCA 제512조와 결정적으로 다른 것은 전자는 임의적 면책조항인 반면 후자는 필요적 면책조항이라는 점이다.

정보통신망법 제44조의2 ⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다. (편집자 강조)

DMCA 제512조 (a) (1) A service provider shall not be liable... for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider -

- (A) <중략>
- (B) <중략>
- (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

<중략>

(g) (4) Limitation on other liability. - A service provider's compliance with paragraph (2) [복원조치] shall not subject the service provider to liability for copyright infringement with respect to the material identified in the notice provided under subsection (c)(1)(C).

즉 정보통신망법 상의 임시조치제도를 서비스제공자가 시행한다고 하여 피해주장자에 대한 배상책임이 반드시 경감되거나 면제되는 것이 아니다. 실제로 현재 우리나라의 서비스제공자가 제44조의2제2항의 “하야야 한다”를 따르고 있다면 그 동기는 절대로 제44조의2제6항의 면책을 받기 위함이 아니다. 대부분의 서비스제공자들은 제44조의2 제1항과 제2항을 의무조항으로 이해하고 따르고 있다. 더욱이 최근의 김명재 판결²⁹⁾처럼 피해자의 삭제요청이 있기 전에도 삭제의무를 서비스제공자에게 부여하고 있는 현재의 법환경 하에서 제44조의2조 제1, 2, 4항의 조치는 취하지 않으면 곧바로 서비스제공자가 책임을 지게 되는 의미를 가지게 되며 결국 이 조항들은 의무조항으로 작용한다.

4. 소결

정리하자면, 현재의 망법 제44조의2의 1항과 2항을 주관적인 ‘요청부 삭제의

29) 대법원 2009.4.16 선고 2008다53812 손해배상(기)등

무’가 아니라 객관적인 ‘권리침해정보 삭제 의무’로 새기려고 하여도 서비스제공자는 추후에 자신의 선의나 인식의 부재에 관계없이 불법게시물에 대하여 방조책임을 지게 될 것을 두려워하여 ‘요청부 삭제의무’로 새길 수 밖에 없다. 또 망법 제44조의3은 서비스제공자가 자신이 불법정보로 판단만 한다면 그 정보에 대해 임시조치를 함으로써 발생하는 법적 책임으로부터 완전히 면책시킴으로써 더욱더 서비스제공자가 위의 제44조의2 제1항과 2항을 ‘요청만 있으면 최소한 임시조치’는 이행할 동기를 더욱 강화시킨다.

그리고 임시조치만을 따로 구분하여 분석해볼 경우 제44조의2 제4항은 권리침해의 판단이 어려울 경우나 당사자 사이의 분쟁이 예상될 경우에는 최소한 임시조치를 하여야 한다고 하고 있다.

망법 제44조의2 제6항이 면책조항을 두고 있어 마치 제44조의2 제1항, 제2항 및 제4항이 정보통신서비스제공자가 반드시 시행해야 되는 제도가 아니라 면책의 혜택을 얻기 위해 시행을 선택할 수 있는 제도로 해석할 여지가 있기는 하나 제44조의2제6항이 외국의 notice-and-takedown제도와는 달리 ‘임의적’ 면책조항이며 정보통신서비스제공자들 대부분은 이에 대해 면책조항으로 이해하고 있지 않다.

결국 제44조의2 제1, 2, 4항은 게시물의 객관적 합법성에 관계없이 누군가 주관적으로 피해를 주장하면 삭제는 하지 아니하더라도 최소한 임시조치는 해야 한다는 법조항들로 새겨진다.

Ⅲ. 현행법조항의 평가

1. 과잉금지원칙의 위반

임시조치가 정보통신서비스제공자에게 의무화된다는 것은 무슨 의미일까? 누군가 싫어하는 말은 정보통신서비스제공자는 임시조치기간 동안에는 억제해야 한다는 뜻이며 이는 서비스이용자에게 ‘남이 싫어하는 말은 임시조치기간이 지난 후에 하라’는 뜻으로 새겨진다.

첫째 헌법 제37조제2항의 요구하는 과잉금지원칙을 명백히 위반한다. 즉 법의 취지는 타인의 권리를 침해하는 게시물을 단속하여 타인의 권리를 보호하기 위한 것이지만 법은 게시물이 실제로 타인의 권리를 침해하는지와는 무관하게 누군가의 요청만 있으면 반드시 해당 게시물을 임시조치 해야할 의무를 부과하기 때문이다. 방법의 적정성과 법익의 비례성을 모두 위반하는 것이 된다.

둘째 임시조치기간 동안 표현물의 위법성에 관계없이 그 표현물의 발화가 연기되는 것은 헌법 제21조가 천명하는 허가제 및 검열금지원칙이 보호하고자 하는 가치를 훼손한다. 사실 표현의 자유에 대한 제한 중에서 검열과 허가가 특별히 금기시되는³⁰⁾ 이유는 바로 표현물의 발화가 의무적인 사전제출 및 검토기간 동안 지연된다는 것도 포함한다. 모든 사람은 표현의 발화를 강행하고 그 표현의 위법성에 대한 판단을 기다려볼 자유가 있으며 검열및허가제금지원칙은 최소한 이와 같은 자유를 보호하는 것이다.

그리고 이 자유는 다른 사인이 특정 그 표현이 위법이라고 주장하더라도 보호되어야 한다. 인터넷임시조치제도는 피해주장의 객관적 타당성과 관련없이 타인이 피해주장을 하면 그 시점 이후로는 게시자가 이 게시물의 계속적인 게시를 강행하지 못하도록 한다.

뿐만 아니라 인터넷임시조치제도는 위의 검열적 요소를 우회할 물리적 통로마저도 허락하지 아니한다. 이용자는 모든 표현의 발화에 있어 제3자 즉 정보통신서비스제공자의 설비에 의존하고 있기 때문에 서비스제공자의 임시조치를 수인할 수 밖에 없기 때문이다. 인터넷외의 사전검열제도 하에서는 발화자가 원한다면 사전제출을 하지 않고 발화하고 그 위법행위에 대한 책임을 감수할 자유라도 있지만 인터넷임시조치제도는 게시의 물리적 방법을 제3자인 정보통신서비스제공자가 통제하고 있기 때문에 그러한 자유도 허용되지 아니한다.

셋째 위 조항들은 포털업자들에 대한 그리고 인터넷을 통해 소통하는 자들에 대한 열도당토않은 차별적 규제이기도 하다. 신문 방송 등의 어떠한 다른 매체도 누군가 나타나서 보도내용에 대해 피해를 단순히 “주장”만 하였다고 해서 보도내용을 반복하거나 삭제해야 할 의무를 발생시키지 않는다. 방송국에

30) 헌법 제21조 제2항

서 드라마가 방영되고 있는 중에 누군가 나타나서 ‘저 드라마가 나의 저작권을 침해한다’라고 주장해서 곧바로 30일간 내려져야 한다고 생각해 보라.

넷째 임시조치가 임시적이라고 해서 표현의 자유에 대한 침해가 없는 것은 아니다. 예를 들어 임시조치 기간이 법이 허용한 30일이라고 하자(실제로 Daum은 법정최대한인 30일을 임시조치기간으로 설정하고 있다). 상당수의 게시물들은 게시 후의 30일 안에 효용가치가 모두 소진되는 종류의 게시물일 수도 있다. 예를 들어 최신 보도내용에 대한 반론 등을 댓글을 통해 제기하는 경우 30일 동안 임시차단이 된다면 반론으로서의 역할이 무의미해질 수도 있는 것이다. 뿐만 아니라 임시조치는 반복적으로 취해질 수 있기 때문에 임시조치 기간은 훨씬 더 늘어날 수도 있다.

Naver는 임시조치의 기간을 게시자가 복원을 요청할 때까지의 시점으로 정하였다. 제44조의2가 의무조항으로 해석된다는 전제 하에 누군가 피해를 주장했다는 이유 만으로 아무리 짧은 시간이라도 억제되어 게시자가 다시 게재를 요청해야만 그 게시물이 다시 게재된다는 것은 역시 위헌이 될 것이다. 이는 ‘남이 싫어하는 것은 2번 말해야 한다’는 법과 다를 바가 없게 된다.

위와 같은 제도가 얼마나 쉽게 표현의 자유를 억제할 수 있는지 예를 들어 보자. 예를 들어 A기업과 B기업이 모두 하나의 신제품을 최초로 개발했다고 주장한다고 하자. A기업은 B기업이 자신이 ‘업계최초’라고 주장함으로써 A기업을 ‘업계 두 번째’로 만들든 물론 A기업을 ‘거짓말장아’로 만들 수 있다. 이에 따라 A기업은 ‘명예훼손’을 주장하며 B기업의 관련게시물들을 임시조치기간 동안 차단시킬 수 있고 B기업은 A기업의 게시물에 대해서도 똑같이 할 수 있다. 결국은 A기업과 B기업의 게시물 모두 임시조치기간 동안에는 모두 차단되는 것이다.

2. 면책조항으로 해석될 가능성

물론 서비스제공자들이 임시조치를 자발적으로 면책을 얻기 위해 하는 것이 라면 헌법적 평가는 달라진다. 그리고 제44조의2 제6항이 반드시 ‘임의적 면책’만을 서비스제공자에게 제공하고 ‘필요적 면책’을 제공하지 않았다고 하여

제44조의2 전체를 반드시 규제조항으로 해석해야하는 것은 아니다. 제44조의2 제6항의 임의적 면책을 충분한 행위동기로 받아들이지 않는 것은 서비스제공자의 판단이기 때문이다.

그러나 현실적으로 이와 같은 ‘임의적 면책’ 하에서는 사업자들이 자발적으로 위와 같은 임시조치제도를 이행하고 있다고 확신하기 어렵다. 실제로 사업자들의 사적인 이야기를 들어보면 면책을 받기 위한 것이 아니라 임시조치를 하지않으면 방조책임을 지게될 위험이 있기 때문에 의무감에 시행한다고 한다.

이와 같은 불확정성에 대해서는 제44조의2에 대한 헌법적 평가를 수행하는 기관이 이와 같은 위헌적 가능성을 차단하기 위한 판시를 내려야 한다. 즉 헌법재판소는 제44의2조 제6항을 필요적 면책조항으로 해석하는 한정된 범위 내에서 제44조의2제1항과 제2항은 합헌이라는 결정을 내릴 수 있다고 본다. 이와 같은 판시가 내려지면 Naver나 Daum과 같은 국내 대표 포털들은 제44조의2를 의무조항으로 보지 않을 것이고 ‘방조자로서의 무과실책임’을 회피하기 위해 합법적인 게시물마저 무차별 삭제하는 행태를 중단하게 될 것이다.

3. 복원조치의 부재

서비스제공자들이 제44조의2 제6항 상의 면책을 얻기 위해 자발적으로 임시조치를 실행하고 있는 것으로 해석하더라도 위 장에서 밝힌 면책의 임의성과 별도로 면책이 편면적이라는 문제가 남아있다. 피해주장자의 임시조치요청을 받아들였을 경우에 피해주장자로부터 면책된다는 내용 만 있을 뿐 게시자가 복원을 요청할 경우 서비스제공자가 이 요청을 받아들였을 때에도 피해주장자로부터 면책된다는 내용이 없다. 즉 아래에서 (c)(1)에 해당하는 내용만 있을 뿐 (g)(4)에 해당하는 내용이 없다.

DMCA 제512조 (c) (1) A service provider shall not be liable... for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider -

- (A) <중략>
- (B) <중략>
- (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.
<중략>

(g) (4) Limitation on other liability. - A service provider's compliance with paragraph (2) [복원조치] **shall not subject the service provider to liability** for copyright infringement with respect to the material identified in the notice provided under subsection (c)(1)(C).

이와 같은 면책의 부재는 게시자와 피해주장자 사이의 균형을 피해주장자에게 훨씬 유리하게 만든다. 즉 서비스제공자들은 피해주장자에 대한 면책이 차단 시에만 주어지고 복원 시에 대해서는 주어지지 않으니 당연히 차단을 선호할 수밖에 없는 것이다. 인터넷 상의 소통의 속도, 확산성 및 다중성 등을 고려하여 침해의 주장만으로 우선 차단시키도록 하는 규칙은 반드시 게시자가 이의제기를 하면 역시 다시 복원해주는 규칙과 짝을 이뤄 시행해야 한다. 그렇지 않으면 권리주장자의 말만을 듣고 게시물이 일정한 기간동안 무조건 억제가 되기 때문에 권리주장자와 게시자 사이의 균형이 맞지 않는다.

물론 정보통신망법 제44조의2가 서비스제공자가 복원할 가능성을 막는 것은 아니다.

정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치"라 한다)를 할 수 있다. **이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.**

위에서 보다시피 임시조치의 기간은 “30일 이내”이지 30일일 필요가 없다. Daum은 30일이 지난 후에 자동복구를 하고 Naver는 게시자가 이의제기를 하

면 이를 곧바로 따르고 있다. 즉 Daum은 임시조치의 기간을 법이 허용하는 최대한인 30일로 늘여서 임시조치제도를 운용하고 있고 Naver는 “게시자가 이의 제기를 할 때까지”로 임시조치의 기간을 정하여 그 제도를 운용하고 있는 것이다. Daum과 같이 30일이라는 긴 기간 동안 게시자의 요구에도 불구하고 게시자 측의 권리는 계속해서 억제된다. Naver는 임시조치의 기간을 게시자가 복원을 요청할 때까지의 시점으로 정하였다. 이렇게 되면 DMCA와 CDA의 notice-and-takedown과 다를 바가 없어 보인다.

그러나 그렇다고 할지라도 위 조항들의 위헌성은 치유되지 않는 것으로 보인다. 위에서 말하였듯이 면책의 균형이 맞지 않는다. 서비스제공자에게 차단 시의 면책만이 허용되고 복원 시의 면책이 허용되지 않는다면 서비스제공자는 항상 차단을 선호할 수 밖에 없게 된다.

IV. 결론

정보통신망법 제44조의2 1항과 2항은 게시물이 “타인의 권리를 침해하고” 그 사람이 그 게시물의 삭제를 요청하면 정보통신서비스제공자는 반드시 이의 삭제 차단 등의 조치를 **해야 한다**고 한다. 즉 ‘침해’임이 인정되고 이에 대한 요청이 있으면 정보통신서비스제공자는 반드시 삭제를 해야 한다는 것이다.

위 조항이 타인의 권리를 실제로 침해하는 정보에 대해서만 삭제·차단의무를 발생시키는지 아니면 권리침해의 주장만 있어도 삭제·차단의무를 발생시키는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다.

하지만 전자의 해석을 따르더라도 법문의 구조상 서비스제공자는 ‘침해’임이 인정되지 않는 경우에도 삭제를 할 수 밖에 없다. 서비스제공자는 침해를 인정하지 않더라도 추후에 법원 등의 유권해석기관에 의해 침해로 인정되면 서비스제공자는 제44조의2 제2항을 위반한 것으로 판단될 것이기 때문이다. 즉 서비스제공자는 실질적으로는 요청만 있으면 삭제할 수밖에 없게 된다.

특히 제44조의2 제4항은 ‘제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우’에

는 삭제 대신 임시조치를 해야 한다고 되어 있다. 즉 실제 침해가 없어도 침해가 없다고 확신할 수 없거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되면 임시조치를 해야 하는 것이다.

물론 제44조의2 4항의 어미가 “할 수 있다”로 되어 있어 임시조치가 선택적인 것처럼 되어 있으나 44조의2 1항 및 2항과 하나의 맥락에서 해석하자면 “1항에 따른 요청이 있음에도 불구하고” 임시조치만으로 1항 및 2항의 의무를 충족시킬 수 있다는 의미로서 즉 삭제는 안하더라도 최소한 임시조치는 해야 하는 것이다. 여기서 “임시조치를 할 수 있다”라는 것은 권리침해여부를 확인하기 어려우니 “삭제 대신 임시조치를 할 수 있다”는 의미이지 “아무것도 하지 않아도 된다”는 뜻은 아닌 것이다.

혹자는 위의 임시조치를 하지 않은 것은 나중에 실제 침해가 있음이 밝혀진 콘텐츠에 대해서만 위법으로 판단된다고 주장할지 모른다. 하지만 위 조항의 입법취지상 실제 침해가 없다고 할지라도 ‘확인이 어렵거나 분쟁이 예상되는 경우’에는 무조건 임시조치를 해야 하는 의무를 부과하는 것으로 해석되는 것이 타당하다. 그렇지 않다고 하더라도, 제1항과 제2항과 마찬가지로 서비스제공자는 제4항의 임시조치에 대해서도 사실적 강제 상태에 있다고 보아야 한다. 서비스제공자는 자신은 합법적이라고 판단하는 게시물이라고 할지라도 누군가의 삭제요청이 있을 때 임시조치를 하지 않으면 위법을 저지를 가능성이 있지만 임시조치를 하면 위법을 저지를 가능성은 현저히 낮아지기 때문이다. 위와 같은 구조 하에서는 서비스제공자는 최소한 임시조치는 반드시 하게 된다.

물론 혹자는 제44조의2 제1항 및 제2항의 “하여야 한다”는 문구도 제44조의2 제6항의 면책조항을 들어 서비스제공자의 의무조항이 아니라 서비스제공자가 면책을 받기 위해 선택적으로 취할 수 있는 조치를 정한 조항이라고 할 수 있다. 그러나 이는 임의적 면책조항으로서 실제 우리나라의 서비스제공자 누구도 제1항과 제2항의 “하여야 한다”를 의무조항이 아닌 것으로 해석하는 사람은 없다.

결국 위 조항들의 총체적 효과는 ‘남이 싫어하는 게시물은 최소한의 일정기간 동안 억제되어 있어야 한다’는 것이다. 헌법은 “타인의 권리를 침해하는” 표현이 제약될 수 있다고 하였지 누군가에 의해 “타인의 권리를 침해한다고

생각되는” 표현이 제약될 수 있다고 하지 않았다. 그러므로 위 조항들은 타인의 권리를 침해하지 않아 합법적인 게시물들을 일정기간동안 억제하는 결과를 초래하므로 위헌이다.

물론 각 서비스제공자 마다 임시조치의 기간을 다르게 정의하고 있고 이 기간은 매우 짧을 수도 있다. Daum의 경우 이 기간을 30일로 정한 반면 Naver의 경우 이 기간을 게시자가 복구를 요청하는 시점까지로 정하고 있다. Daum측의 임시조치제도는 게시자가 복구를 요청하면서 그 게시물의 합법성이나 비권리침해성을 입증하여도 30일의 기간을 모두 채운다는 면에서 “남이 싫어하면 무조건 30일간 억제되어야 한다”는 제도로써 명백히 위헌적이라고 볼 수 있다. Naver의 제도는 전세계에서 ISP책임규제로 이용되고 있는 Notice-and-takedown제도와 다를 바가 없는 것처럼 보인다. 하지만 notice-and-takedown 역시 게시물의 객관적인 위법성에 관련없이 소위 ‘피해자’의 주관적인 위법성 주장만으로도 아무리 짧은 순간이라도 일단 게시물이 내려진다는 점에서는 위헌적인 요소가 있기는 마찬가지이다. 즉 ‘남이 싫어하면 무조건 한번은 반복해서 말해야 한다’는 의미가 되기 때문이다. 이 위헌성을 피하기 위해 외국의 notice-and-takedown제도는 모두 진정한 면책조항 - 즉 필요적 면책조항 -으로 이루어져 있다. 우리나라의 제도는 임의적 면책조항으로서 어떤 서비스제공자들도 제44조의2 제1,2,4항상의 의무를 의무가 아닌 선택으로 이해하고 있지 않다. 결국 아무리 짧은 기간이라도 게시물의 객관적 위법성에 관련없이 게시물이 잠깐은 내려져 있어야 한다는 면에서 위헌성을 면할 수 없다.

V. 토론: 18대국회 정부개정안에 대한 평가

2009년 18대 국회에서 방송통신위원회가 제44조의2의 의무를 위반하는 사업자에 대하여 과태료를 부과하겠다고 하는 안을 제출했었는데 이는 제44조의2 전체를 잘못 해석한 것이다. 정보통신망법 제44조의2는 저작권법 제103조의 틀을 부분적으로 차용한 것이고 우리나라의 저작권법 조항은 미국의 DMCA의 면책조항의 이념을 계수한 것으로 보아야 한다. 다시 말하면 정보통신망법 제

44조의2는 제2항의 삭제조치를 하지 않는 사업자에 대해 민사책임이나 형사처벌을 가하기 위한 조항이 아니고 제2항의 조치를 따른다면 추후에 '권리침해가 발생한 경우'로 판단된다고 할지라도 법적 책임이 면제된다는 의미를 가지게 된다.

위 개정안이 통과되었다면 제44조의2 제6항의 면책도 의미가 없어졌을 것이다. 임의적 면책이 의미가 없어지는 이유는 어떤 행위 X를 하지 않으면 과태료를 부과한다는 조항이 존재하는 한 X를 하면 면책혜택을 준다는 다른 조항이 존재한다고 해서 X를 시행할 사업자들의 의무가 없어지는 것이 아니기 때문이다.

결국 면책을 인센티브로 부여하여 사업자들이 자발적으로 게시자와 피해주장자 사이의 중개자로 나서도록 한다는 제44조의2 전체의 입법취지가 탈각된다. 더욱 중요한 것은 제44조의2는 전 장에서 다루었듯이 합법적인 표현물에 대해 임시조치의무를 부과하는 것으로 인정되어 위헌이 되었을 것이다.

뿐만 아니라 제44조의2를 면책조항으로 본다면 서비스제공자가 제44조의2의 의무를 따르지 않는 것은 동조 6항의 면책조항으로부터의 혜택을 포기한 것일 뿐 위법을 한 것은 아닌 것이다. 그럼에도 불구하고 과태료를 부과하는 것은 일대 법적 혼란을 야기했을 것이다.

주제어 : 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법(the Act Regarding Promotion of the Information Communication Network and Protection of Information), 임시조치(temporary measure(blind)), 인지후 삭제(notice and takedown), 표현의 자유(freedom of speech), ISP책임(ISP liability)

접수일(2009. 9. 3), 수정일(2009. 10. 19), 게재확정일(2009. 10. 19)

Abstract

Unconstitutionality of Korea's Temporary Blinds on Internet - "Thou Shall Not Speak for 30 days What Others Do Not Like"

Park, Kyung-Sin

Article 44-2 Paragraphs 1, 2 and 4 of the Act Regarding Promotion of Use of Information Communication Network and Protection of Information ("Network Act") require the service provider to delete any content that "infringes upon another's rights" upon request of the victim or at least take a "temporarily measure" if it is "difficult to judge on whether it infringes upon the rights. . or if "a dispute is anticipated." A "temporary measure" here means a measure to block access to the content and the law requires the period of the measure to be 30 days or less.

It may be contested whether the abatement obligation applies only to those contents that actually injures others or all the contents upon which someone makes a claim of being injured. However, even if the abatement obligation legally applies only to actual injury, the service providers as a matter of fact must abate whenever upon request or must risk being found wrong by courts and therefore liable (strictly) as a contributor to the unlawful content.

Furthermore, Paragraph 4 of the aforesaid article requires a temporary measure in event that it is difficult to judge on the fact of injury. Now, both conditions, namely, "when it is difficult to judge" and "when a dispute is

anticipated" include when the content is later found not to injure another person or simply when there is no actual injury. Therefore, if there is a claim of injury, the law requires at minimum a temporary measure.

Of course, Paragraph 4 itself says "the service provider may take a temporary measure" as if it is optional. However, the full sentences of Article 1 and Article 2 should be read together. Paragraphs 1 and 2 require certain abatement measures from the service provider in event that there is an injury and someone requests an abatement measure. Paragraph 4 says that, "in spite of" such request, the service provider may take a temporary measure if and when it is "difficult to judge on whether it infringes upon the rights. . or if "a dispute is anticipated." In other words, in other circumstances, the request for abatement should trigger abatement but when it is difficult to judge and a dispute is anticipated, the same request for abatement triggers only a "temporary measure." "May take a temporary measure" means "may take a temporary measure instead of deleting" and does not mean "may do nothing."

One may argue that the failure to 'blind' constitutes a violation only for the contents with actual injury. In other words, as long as the content is in the end non-injuring, there is no ISP liability for not 'blinding.' However, in view of the legislative intent behind this particular provision, it must be interpreted to impose a blinding obligation whenever 'difficult to judge' or 'anticipating a dispute' regardless of whether the content is later found to be unlawful or not. Even if not, again, the service provider cannot predict with accuracy what courts may do and cannot risk being strictly liable for making a false judgment just as the service provider cannot under Paragraphs 1 and 2. The final analysis is that the aforesaid provisions require the service providers to take a "temporary measure" against any content that a person requests abatement on.

True, Paragraph 6 referring to 'exemption from or reduction of liability in event of compliance with the aforesaid duties' makes a feeble attempt to turn the provisions into an exemption provision like the notice-and-takedown of the

Digital Millenium Copyright Act or even that of Korea's own Copyright Act Article 103. However, exemption there is not mandatory on the courts deciding on the ISP liability. In fact, none of the service providers interpret Article 44-2 as an exemption. All of them interpret it as an obligation.

In the end, the total result of the aforesaid provisions is that 'Thou Shall Not Publish What Others Dislike or Risk Being Abated For a While.' The Constitution does not authorize abating a speech not violating others' rights. The aforeaid provisions require even lawful contents to be abated for a while and therefore are unconstitutional.

Of course, under the current statutory scheme, the blinding can be between just above zero and 30 days. Daum set it at the maximum of 30 days while Naver set it at the period lasting until the publisher request reposting. Naver's system looks a lot like the notice-and-takedown without mandatory exemption. However, the statute is requiring even Naver to take down what is clearly lawful at least once. The rule "Thou Shall Say Twice What Others Dislike" is equally unconstitutional.