



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

허위조작정보에 대한
합헌적 행정 규제 방안 연구

2022년 8월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

정 덕 기

허위조작정보에 대한
합헌적 행정 규제 방안 연구

지도교수 이 우 영

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2022년 5월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

정 덕 기

정덕기의 석사 학위논문을 인준함

2022년 7월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국 문 초 록

허위조작정보는 2017년경부터 국제적으로 이슈화되었다. 미국, 프랑스 등에서는 선거 과정에서 외국으로부터 광범위한 허위조작정보가 퍼졌다는 연구가 있었고 프랑스에서는 그와 같은 경험을 토대로 선거과정에서 허위조작정보를 규제하는 법률을 입법화하기도 하였다. 허위조작정보가 과거와는 비교도 할 수 없이 광범위하게 유포될 수 있게 된 기술적·사회적 배경 하에 허위조작정보의 위험성을 알려주는 여러 사건도 발생하였다. 표현의 자유에 대한 공적인 규제가 악용되어온 역사적 경험과 표현의 자유가 사람들에게 본질적인 기본권이라는 의미에서 그와 같은 규제에 대하여 반대하는 목소리가 높지만, 코로나19와 같은 상황을 맞았던 지금에서는 헌법적 원칙에 부합하는 방식에 따른 공적 규제에 찬성하는 주장에도 힘이 실리고 있다.

허위조작정보로 인하여 극심한 사회적 피해가 발생할 수 있다면 최대한 표현의 자유를 침해하지 않는 방식으로 허위조작정보를 규제하는 방안을 모색할 필요가 있다. 그를 위해 먼저 규제 대상에 해당되는 허위조작정보의 개념을 정의하여 본다. 여기서는 기존의 허위사실 적시에 관한 판결례 등을 참조한다. 이와 같이 정의된 허위조작정보의 개념을 바탕으로 현재 허위조작정보가 문제되는 배경에 관하여 살펴본다.

이어서 허위조작정보에 대한 해외의 대응을 볼 때, 여러 형태의 규제 방안이 있음을 알 수 있다. 사업자 등이 직접 해당 정보에 대하여 조치를 취하도록 하고 행정청은 이를 감독하는 방안과, 법원에서 직접 가처분 절차를 통해 조치를 취할 수 있도록 하는 방안이 독일, 프랑스에서 각 시행되고 있다. 유럽연합에서는 자율규제의 로드맵을 구성하여 이에 따라 점진적으로 규제를 구체화하고 발전시키는 방안을 시행하고 있다.

우리 현행법 제도를 검토하여 볼 때에도 국가적, 사회적 법익을 침해하는 허위조작정보에 관하여도 이미 어느 정도 규제되고 있음을 알 수 있다. 그러나 현행법상 규제 제도에 대하여 제기되어 온 비판을 고려할 때 합헌성이 인정되는 새로운 규제 입법을 모색해볼 필요가 있다.

허위조작정보 규제에 있어 문제되는 헌법적 쟁점은 명확성의 원칙과 과잉금지 원

칙 등이 있다. 과잉금지 원칙에서 목적의 정당성과 관련하여 허위조작정보를 규제함으로써 보호하고자 하는 공익을 구체화·특정화해야 하고, 공익에 대하여 명백하고 현실적인 위험이 발생하였음을 요구하여야 한다. 이와 같은 전제하에 허위조작정보에 대한 규제를 형사적 규제와 행정적 규제로 나누어 각 합헌성이 인정될 수 있을지에 대하여 검토하였다. 형사적 규제의 경우 개인에게 미치는 기본권 제한 정도가 높은 반면 유포 자체를 막는 것이 중요하다는 점이 과잉금지원칙에서 문제될 수 있다. 행정적 규제에 관하여는 국가기관의 검열이 될 수 있다는 우려가 큰 것이 사실이므로, 그와 같은 우려를 충분히 고려하여 과잉금지 원칙에 위배되지 않도록 준수법적 절차를 통하여 절차적 공정성, 투명성을 확보하는 방안을 구상한다.

주요어: 허위조작정보, 표현의 자유, 합헌적 규제, 행정적 규제

학번: 2011-21432

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 의의와 목적	1
제 2 절 연구의 범위	3
제 2 장 허위조작정보의 개념과 규제 논의 배경	6
제 1 절 허위조작정보와 가짜뉴스	6
제 2 절 허위조작정보의 구체적 개념 요소	7
1. 허위성	7
가. 의견과 사실의 구별	7
나. 적시사실의 허위성	11
2. 허위성 인식과 기망 의사 요부	17
3. 정치·경제적 목적성 요부	19
4. 언론보도 형식 요부	21
5. 소결	22
제 3 절 허위조작정보 규제 논의의 배경	23
1. 생성과 확산의 기술적 배경	23
가. 뉴스 수용 경로의 변화	23
나. 뉴스 제작 방식의 변화	25
다. 뉴스 유포 방식의 변화	26
2. 생성과 확산의 사회적 배경	27
가. 확증편향	27
나. 사회적 동조	29
3. 규제 필요성의 제기	29
제 3 장 허위조작정보 등에 대한 해외 대응과 국내 규제	

체계	32
제 1 절 허위조작정보 등에 대한 해외 대응	32
1. 독일의 대응	32
가. 사회관계망에서의 법집행 개선을 위한 법률	32
나. 의의	33
다. 비판과 검토	34
2. 프랑스의 대응	35
가. 정보조작에 대처하는 것에 관한 법률	35
나. 사전적 위헌법률심판 결정	36
다. 검토	38
3. 유럽연합의 대응	39
가. 점진적 대응	39
나. 평가	41
4. 미국의 대응	42
가. 수정헌법에 근거한 표현의 자유 보호	42
나. 허위조작정보 규제에 대한 논의	43
5. 기타	45
6. 소결	46
제 2 절 허위조작정보 등에 관한 국내 규제 체계	47
1. 들어가며	47
2. 민법 및 형법	48
3. 공직선거법	50
가. 허위논평·보도 등 금지 및 방송·신문 등 부정이용죄	50
나. 허위사실공표죄	50
다. 후보자비방죄	52
라. 정보통신망을 이용한 선거운동	53
4. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률	54
가. 타인의 권리를 침해하는 정보의 삭제 및 임시조치 등	54
나. 불법정보의 유통금지 등	55

다. 정보통신망법상 명예훼손죄	58
5. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 등	59
6. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률	64
가. 정정보도청구 등	64
나. 시정권고제도	65
7. 소결	65

제 4 장 허위조작정보의 규제에 관한 헌법적 검토 67

제 1 절 허위조작정보 규제의 헌법적 쟁점 67

1. 들어가며	67
2. 명확성의 원칙	67
3. 표현의 자유 보호영역	70
가. 문제의 제기	70
나. 관련 헌법재판소 결정례	70
다. 관련 학설의 소개	72
라. 검토	72
4. 과잉금지원칙	73
가. 허위조작정보 규제 법령에 대한 합헌성 심사기준	73
나. 입법목적의 구체화	78
다. 특정 공익에 대한 중대한 위해를 야기할 명백하고 현실적인 위험	81

제 2 절 허위조작정보의 형사상 규제에 대한 헌법적 검토 84

1. 찬반 논의	84
2. 명확성 원칙 관련 검토	87
3. 과잉금지 원칙 관련 검토	88
4. 소결	89

제 3 절 허위조작정보에 대한 합헌적 행정 규제 방안 89

1. 행정적 규제에 대한 찬반 논의	89
2. 행정적 규제의 필요성	91
3. 행정적 규제 절차의 구성	92

가. 규제의 주체	92
나. 규제의 진행	96
다. 실효성 확보수단	98
라. 자율규제와의 비교	98
4. 소결	102
제 5 장 결론	103
참고문헌	106
Abstract	115

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 의의와 목적

가짜뉴스는 옛날부터 있어왔다고 하지만, 현재에 와서 그 의미와 영향력은 과거와 비교할 수 없이 달라졌다. 페이스북, 트위터와 같은 소셜 네트워크 서비스를 통해 사람들의 관심을 끌 만한 정보는 엄청난 속도로 다수에게 전파되고 그에 대한 반응 역시 실시간으로 공유된다. 이와 같은 현상을 보며 가짜뉴스 또는 허위조작정보에 대한 사람들의 우려 역시 커지고 있다.

가짜뉴스 또는 허위조작정보가 진실한 사실인 양 이를 믿거나 믿고 싶은 사람들을 통해 유포되면 사람들은 기존에 가지고 있던 생각에 더욱 확신을 가지고 점점 극단화에 이르게 되어 사회 구성원들 사이의 분열이 심화될 수 있다. 또한 국가적 위기상황에서 안보나 국민건강과도 관련되는 중요한 사항에 관하여 잘못된 정보가 유포됨으로써 과도한 사회적 혼란과 불신이 생겨나고 때로는 공공질서나 공중보건에서 위험한 결과가 초래될 수 있다. 그와 같은 이유로 허위조작정보의 작성이나 유포를 규제하자는 목소리가 높다. 한국언론진흥재단에서 2017년 7월 전국 성인남녀 713명을 대상으로 실시한 설문조사에서도 대부분의 응답자들은 규제 필요성에 찬성(90.7%)했다.¹⁾

반면 허위조작정보를 규제하는 것은 민주주의의 기초라 할 수 있는 표현의 자유를 침해할 위험이 매우 크고, 허위인지 여부를 판별하는 것 자체도 어려운데다가 작금의 발전하고 있는 기술력을 고려할 때 규제가 실질적으로 가능할지조차도 의심스럽다는 이유로 규제에 반대하는 의견 역시 강력하게 맞서고 있다. 국회에서 여러 차례 허위조작정보 규제 입법안이 제출되었으나 모두 폐기된 것을 보아도 규제 여부에 대한 결론을 내리기 쉽지 않음을 알 수 있다.

허위조작정보 규제를 둘러싸고 치열하게 입장이 대립하는 상황 속에서 그에 관한 선행연구가 많이 이루어졌다. 황창근²⁾, 김민정(2019)³⁾, 이성대⁴⁾, 최지수·윤석민⁵⁾

1) 오세욱·정세훈·박아란, 가짜 뉴스 현황과 문제점, 한국언론진흥재단, 2017. 11., 131면.

2) 황창근, “가짜 뉴스에 대한 법적 대응방안”, 제1회 KISO 포럼: 페이크 뉴스와 인터넷 토론회 자료집, 2017. 3., 12 내지 22면.

등은 기존의 법률을 통해서도 이미 여러 각도에서 허위조작정보를 규제할 수 있도록 하고 있고 여기에 더하여 규제 입법을 추가하는 것은 표현의 자유를 침해하는 것이 될 위험성이 있다고 보았다. 황용석·정재관·정다운⁶⁾, 이준형⁷⁾, 고성수⁸⁾는 국회에 제출된 입법안을 중심으로 명확성의 원칙, 과잉금지원칙 위배 여부 등을 검토하였다. 김라이는 정보통신서비스 제공자에게 관리책임을 지우고 징벌적 손해배상제도를 도입하는 방안을 제시하고⁹⁾, 장기적으로는 미디어 리터러시 교육의 필요성을 강조했다. 황용석·권오성은 해외 인터넷서비스사업자의 자율규제 방법을 연구하고 국내 자율규제에서 검토해야 할 사항에 관하여 제안하였다.¹⁰⁾

이문한(2021)은 심각한 국가 위기 상황에서 국민 생명권과 건강권과 관련된 허위 사실을 유포하는 경우 사안에 따라 형사적 규제가 필요하다고 보았다.¹¹⁾ 유의선은 자율규제가 제대로 작동하기 위한 시장 여건 조성과 더불어 필요최소한의 공적 규제도 병행할 필요가 있다고 보았다.¹²⁾ 김가희는 가짜뉴스에 대한 실효적이면서 위헌적이지 않은 규제가 이루어지기 위해 필요한 요소로서 합헌적인 형사 제재를 위한 구성요건요소를 검토하고 과잉금지원칙에 위배되지 않는지를 보았다.¹³⁾ 정영주·홍종윤·박유진은 특수하고 제한된 상황에서 해당 상황의 예방·관리 등을 위한 허위 조작정보의 규제를 제안하였다.¹⁴⁾

위와 같은 선행연구를 검토하여 보면 허위조작정보의 규제에 관하여, 기존의 법

-
- 3) 김민정, “가짜뉴스(fake news)에서 허위조작정보(disinformation)로”, 미디어와 인격권 제5권 제2호, 언론중재위원회, 2019. 12., 74면.
 - 4) 이성대, “가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토”, 刑事政策 제30권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2018. 4., 65 내지 93면.
 - 5) 최지수·윤석민, “가짜뉴스 거버넌스 - 정부규제, 자율규제, 공동규제 모형에 대한 비교를 중심으로”, 사이버커뮤니케이션 학보 제36권 제1호, 사이버커뮤니케이션학회, 2019. 3., 147 내지 153면.
 - 6) 황용석·정재관·정다운, “가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 위헌성 여부를 중심으로”, 사회과학연구 제25권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원, 2018. 6., 111 내지 120면.
 - 7) 이준형, “허위조작정보의 규제와 표현의 자유”, 석사학위논문, 중앙대학교, 2021, 64 내지 77면.
 - 8) 고성수, “가짜뉴스 규제법안 실효성에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울과학기술대학교, 2018, 36 내지 50면.
 - 9) 김라이, “허위조작정보의 규제에 관한 연구”, 석사학위논문, 숙명여자대학교, 2021, 119 내지 121면.
 - 10) 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구-인터넷서비스 사업자의 자율규제를 중심으로”, 언론과 법 제16권 제1호, 한국언론법학회, 2017. 4., 81 내지 96면.
 - 11) 이문한, “코로나19 관련 가짜뉴스 등 ‘공공의 이익’을 해하는 허위사실 표현에 대한 형사처벌과 헌법상 언론·출판의 자유”, 법학평론 제11권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2021. 4., 209 내지 211면.
 - 12) 유의선, “가짜뉴스의 법적 규제-사회적 법익 보호를 중심으로”, 언론과 법 제17권 제2호, 한국언론법학회, 2018. 4., 51 내지 57면.
 - 13) 김가희, “가짜뉴스 규제 방안 : 허위사실 표현의 헌법적 보호 여부 및 과잉금지원칙에 따른 규제 합헌성 검토”, 석사학위논문, 이화여자대학교, 2017., 44 내지 76면.
 - 14) 정영주·홍종윤·박유진, “사회적 법익을 침해하는 허위조작정보 대응을 위한 시론적 논의-코로나19 관련 허위조작정보를 중심으로-”, 언론과 법 제20권 제1호, 한국언론법학회, 2021. 4., 84 내지 90면.

를 통하여 상당 정도 규제의 효과를 거둘 수 있고 공적 차원의 규제는 표현의 자유를 침해하게 될 우려가 있다는 등을 근거로 자율규제를 주장하는 견해가 많은 가운데, 예외적인 긴급 상황에서는 공적 규제가 가능하고 필요하다고 보는 견해가 있음을 알 수 있다. 그러나 공적 규제의 가능성을 인정하는 연구 중에서도 합헌성이 인정될 수 있는 행정적 규제 방안을 구체적으로 모색하는 연구는 많지 않다.

반면 제20대 국회에 제출된 허위조작정보 규제 입법안에는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다. 다만 문단 제목에서는 약칭하지 않는다) 개정안으로 정보통신망법 제44조의7의 유통금지되는 불법정보 대상에 허위조작정보 등을 포함시키는 안¹⁵⁾, 정보통신망법 제44조의2의 삭제요청할 수 있는 정보에 거짓정보로 타인의 권리가 침해된 경우를 포함시키는 안,¹⁶⁾ 정보통신서비스 제공자가 허위조작정보 등을 삭제하도록 하고 이를 이행하지 않을 경우 과태료를 부과하는 안¹⁷⁾ 등 행정적 규제 안이 다수 있음을 알 수 있다. 이는 허위조작정보를 행정적으로 규제하는 것이 실효성 면이나 입법 편의성 면에서 어느 정도 장점을 보유하고 있기 때문이라고도 볼 수 있다. 이런 사정을 종합하여 볼 때 허위조작정보를 행정적으로 규제하는 데 문제되는 헌법적 쟁점을 검토하여 보고 헌법적 가치를 최대한 훼손하지 않는 형태의 행정적 규제 방안을 모색하는 것은 실질적인 의의가 크다.

따라서 이 논문에서는 규제 여부가 논의되는 허위조작정보의 개념요소를 검토함과 아울러 합헌성이 인정될 수 있는 행정적 규제 방안을 설계하여 보고자 한다.

제 2 절 연구의 범위

가짜뉴스 또는 허위조작정보 규제의 당부와 방법에 대한 논의의 전제로서, 이 논

-
- 15) 주호영 의원 등 10인 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”(법명 저자 축약, 이하 같다), 2006804, (2017. 4. 25.) [임기만료로 폐기], 3 내지 4면; 이장우 의원 등 16인 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 2008920, (2017. 9. 1.) [임기만료로 폐기], 3 내지 5면; 박완수 의원 등 15인 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 2013251, (2018. 4. 25.) [임기만료로 폐기], 3 내지 11면
 - 16) 김관영 의원 등 26인 발의, “정보통신망법 일부 개정법률안”, 2006708, (2017. 4. 11.) [임기만료로 폐기], 3 내지 4면; 박완수 의원 등 15인 발의, “정보통신망법 일부개정법률안”, 2013251, (2018. 4. 25.) [임기만료로 폐기], 3 내지 11면.
 - 17) 이은권 의원 등 12인 발의, “정보통신망법 일부 개정법률안”, 2008194, (2017. 7. 26.) [임기만료로 폐기], 3 내지 4면; 강효상 의원 등 14인 발의, “정보통신망법 일부 개정법률안”, 2013492, (2018. 5. 9.) [임기만료로 폐기], 3 내지 14면.

문에서는 ‘가짜뉴스’라는 용어 대신 ‘허위조작정보’라는 용어를 사용하고자 한다. ‘가짜뉴스’가 사람들에게 더 많이 알려진 용어이기 는 하지만 이는 패러디, 풍자와 같은 것까지 포함한 여러 가지 범주의 개념을 담고 있고¹⁸⁾¹⁹⁾ 법적 의미가 명확히 드러나는 용어는 아니어서 규제의 측면에서 검토하기에는 부적절한 면이 있다. 이른바 ‘가짜뉴스’의 여러 스펙트럼 중 규제 대상으로 논의되는 대상은 허위성과 고의성이 인정되는 경우라고 할 수 있으므로, 위 중요한 두 개념요소가 드러나는 용어인 ‘허위조작정보’를 사용한다²⁰⁾.

나아가 규제 가능성이 검토되는 허위조작정보의 개념 요소로서 허위성의 의미에 관하여 기존 명예훼손죄 등의 관례에서 검토되었던 사실과 의견의 구별 기준, 허위성의 범위와 입증책임 문제 등을 살펴보고 허위조작정보의 경우 위와 같은 쟁점에 어떻게 적용될 수 있을지에 관하여 본다. 또한 허위조작정보 개념요소로 논의되어 온 ‘기만할 의도’를 허위성에 대한 인식과 기망의사로 나누어 분석해보고, 규제대상으로서의 허위조작정보를 정의할 때 ‘정치적·경제적 목적성’ 및 ‘언론보도의 형식’을 요구할 것인지에 관하여 본다.

허위조작정보의 개념을 바탕으로, 허위조작정보가 생성되고 유포되는, 또한 그로써 규제가 논의되는 배경에 관하여 살펴보고, 허위조작정보 규제의 필요성이 제기된 맥락에서 그 필요성에 관하여 검토한다.

해외에서도 허위조작정보 규제와 관련하여 여러 논의가 있는데, 그 중 표현의 자유를 중요시하는 관점을 유지하면서도 규제에 관하여 간접적으로 법제화하고 있는 독일, 선거과정에서의 허위조작정보 등에 한정하여 유포 금지 등을 명할 수 있도록 한 프랑스의 각 대응 방식과, 공동체 차원의 자율규제의 하나의 모델을 보여주고 있는 유럽연합의 각 대응방식을 살펴보고, 표현의 자유의 우월적 지위를 강조하는

18) 황용석·권오성은 ‘페이크뉴스’는 한 용어 안에 다양한 의미가 혼재되어 있는 우산(umbrella) 용어로 허위조작정보, 오정보(misinformation) 등이 병존하고 있음을 지적하였다[황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구: 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로”, 언론과 법 제16권 제1호, 한국언론법학회, 2017, 53 내지 101면].

19) 우리나라 뉴스 수용자들은 ‘가짜뉴스’란 용어를 상당히 넓은 범위로 사용하고 있다. 한국언론진흥재단에서 2019년 2월 진행한 가짜뉴스에 대한 일반 국민대상 온라인 설문조사 결과에 의하면, 우리나라 뉴스 수용자들의 80% 이상은 ‘메신저 등을 통해 유포되는 진위가 확인되지 않은 속칭 ‘짜라시’, ‘언론사의 뉴스기사 형식을 띤 조작된 콘텐츠’ 뿐 아니라 ‘언론사가 사실 확인을 충분히 거치지 않아 오류를 담은 채 보도해서 내는 오보’, ‘클릭수를 높이기 위해 취재과정 없이 짜깁기하거나 동일 내용을 반복 게재하는 경우’ 등도 모두 가짜뉴스에 포함된다고 보았다[박아란·이나연·오현경, 온라인 허위정보와 뉴스 미디어, 한국언론진흥재단, 2020, 75 내지 76면].

20) 다른 연구에서 ‘가짜뉴스’라 표현한 부분을 인용할 때도 여기서는 용어의 통일을 위해 되도록 ‘허위조작정보’로 변경하여 인용한다.

미국에서의 규제 논의에 관하여도 보기로 한다. 한편 우리 현행법 하에서도 허위조작정보와 관련된 규제 제도가 존재하므로 그에 관하여 본다. 특히 그 중에서도 정보통신망법 제44조의7의 불법정보 유통금지 제도는 일종의 행정적 규제라 볼 수 있으므로, 위 규제가 어떻게 이루어지는지와 위 규제에 관하여 제기되는 비판에 관하여 살펴보고 그로부터 허위조작정보 규제 입법에서의 시사점을 찾는다.

허위조작정보 규제에 관하여 비판적인 견해는 주로 그와 같은 규제가 표현의 자유를 침해할 수 있다는 우려에 기인한 것으로 볼 수 있다. 표현의 자유 침해와 관련한 헌법적 쟁점으로서 명확성의 원칙, 표현의 자유의 보호범위, 과잉금지원칙에 관하여 그동안 이루어졌던 헌법재판소 결정례를 중심으로 살펴본다. 과잉금지원칙과 관련하여 규제 입법에 대하여 합헌성 심사기준으로서 엄격한 심사기준이 적용되어야 할지, 아니면 완화된 심사기준을 적용할 수 있는지에 관하여 본다. 또한 기존 헌법재판소 결정례에 비추어 볼 때 과잉금지원칙 중 목적의 정당성과 관련하여 규제 입법의 목적을 구체화시킬 필요가 있음을 알 수 있으므로 입법 목적을 구체적으로 검토하여 본다. 나아가 침해의 최소성, 법익 균형성 원칙과 관련하여 위에서 구체화한 공익에 대하여 중대한 위해를 야기할 명백하고 현실적인 위험을 규제기준으로 제시한다.

이어서 규제 수단에 관하여 허위조작정보 작성자, 게재자 등에 대한 형사처벌을 위시한 형사적 규제와 정보통신망서비스 사업자, 게시관 관리자 등에 대한 규제 등 행정적 규제라 유형별로 나누어 각각의 규제가 명확성 원칙 및 과잉금지원칙에 위반되지 않는지에 관하여 본다. 형사적 규제의 경우 죄형법정주의와 관련하여서 명확성 원칙이 더 부각되고 과잉금지원칙과 관련하여서도 행정적 규제와 비교하였을 때 최소침해성, 법익균형성 원칙을 준수하는지 문제될 수 있다. 행정적 규제의 경우 행정적 규제의 필요성에 관하여 보고 행정적 규제를 담당하는 주체를 누구로 할 것인지에 관하여 검토하여 보고, 현행법에서 정보통신망에서의 정보 규제와 관련하여 제기되었던 비판을 고려하여 정보 게재자에게 실질적으로 다룰 수 있는 권한을 부여하는 준사법적 내용을 포함한 규제 방안을 강구한다.

제 2 장 허위조작정보의 개념과 규제 논의 배경

제 1 절 허위조작정보와 가짜뉴스

유럽연합에서는, 유럽집행위원회(European Commission)의 요청으로 고위전문가 그룹이 소집되어 2018년 3월 “허위조작정보에 대한 다차원적 접근 보고서(A multi-dimensional approach to disinformation)”를 발간하였다.²¹⁾ 위 보고서에서는 “허위조작정보(disinformation)”를 “허위, 부정확 또는 오도(誤導)하는 정보로서 공공에 해를 끼칠 목적 내지 이윤을 목적으로 설계, 제작, 유포되는 것”²²⁾이라고 정의하고, 가짜뉴스보다는 허위조작정보라는 용어를 사용할 것을 권고하였다. 위 보고서에서는 허위조작정보에 해당하는 콘텐츠에 실질적으로 또는 완전히 ‘가짜(fake)’인 정보만이 아니라, 사실이 섞인 조작된 정보도 포함하고, 뉴스와 유사한 의견과 형식을 가진 경우만이 아니라 조작된 계정(automated accounts), 조작된 영상 등도 포함시키고 있다. 이후 유럽집행위원회에서 공표한 “허위조작정보 대응 실천강령”(EU Code of Practice on Disinformation)에서는 “허위조작정보(disinformation)”에 대해 “허위임이 입증되는 또는 오도하는 정보”로서, “경제적 이익을 얻기 위해 또는 의도적으로 사람들을 속이기 위해 제작, 표현되고 유포된 것이고”, “공익을 해할 수 있는 것”을 의미하는바, 여기서 공익을 해할 수 있다는 것은 “EU 시민들의 건강, 환경 또는 안전과 같은 공익 및 민주적·정치적 정책 결정 과정을 위협하는 것”을 의미한다고 하였다.²³⁾

법무부가 2018. 10. 16. 발표한 보도자료 <‘알 권리 교란’ 허위조작정보 엄정 대처>에 따르면 “허위조작정보는 객관적 ‘사실관계’를 ‘의도적’으로 조작한 허위의 사

21) HLEG, “A multi-dimensional approach to disinformation”, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, 5면, 최종확인: 2022. 2. 3.

22) “all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit” [HLEG, 위의 글, 11면].

23) ““Disinformation” as “verifiably false or misleading information” which, cumulatively, (a) “Is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public”; and (b) “May cause public harm”, intended as “threats to democratic political and policymaking processes as well as public goods such as the protection of EU citizens’ health, the environment or security” [The Signatories, “2018 Code of Practice on Disinformation”, European Commission, <http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 2. 5.].

실”을 의미한다고 하여 가짜뉴스 대신 ‘허위조작정보’라는 용어를 사용하고 있으나,²⁴⁾ 우리나라 학계에서는 아직까지 대중적으로 친숙한 용어인 ‘가짜뉴스’로 논의를 전개하고²⁵⁾ 있는 것으로 보인다. 황용석·권오성은 ‘좁은 의미의 페이크뉴스’는 “① 상업적 또는 정치적 의도성을 가진 조작행위로 ② 수용자가 허구를 오인하는 양식으로 정보를 구성하고 전파하며 ③ 행위의 주체가 저널리즘의 양식을 따르지만, 사실검증이라는 저널리즘의 본영의 기능과 동떨어진 행위”²⁶⁾라고 정의하였고, 황창근은 가짜뉴스를 “언론(뉴스)의 형식을 빌려 표현된 허위사실”로 정의²⁷⁾하였다. 한편 윤성욱은 가짜뉴스의 개념요소 중 ‘뉴스형식’은 필요하지 않다는 견해를 피력하였다.²⁸⁾ 학설에서의 논의를 종합하여 보면, 대체로 ① 작성주체와 상관없이, ② 허위의 사실관계를 ③ 허위임을 인식하면서 ④ (주로) 정치적·경제적 목적을 가지고 ⑤ 기사의 형식으로 작성한 것 등이 개념요소로 논의하여 고의성과 허위성을 중요한 요소로 삼고 있고²⁹⁾ ④ 목적성, ⑤ 기사 형식 요부와 관련하여서는 견해 차이가 있음을 알 수 있다.

이 논문에서는 위에서 언급한 바와 같이 규제 대상으로 논의되는 요소를 명확히 담는다는 의미에서 ‘가짜뉴스’가 아닌 ‘허위조작정보’라는 용어를 사용하기로 하고, 허위조작정보에 포함되는 개념 요소에 관하여 살펴보기로 한다.

제 2 절 허위조작정보의 구체적 개념 요소

1. 허위성

가. 의견과 사실의 구별

어떠한 정보가 허위인지를 논할 때는 그 정보에 나타난 사실관계가 허위인지가

24) 법무부, “[형사기획과] 알 권리 교란 허위조작정보 엄정 대처”, 2018. 10. 16., <http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156298788>, 최종확인: 2022. 1. 5.

25) 다만 ‘가짜뉴스’보다 ‘허위조작정보’라는 용어를 쓰는 것이 더 적절하다는 의견도 많이 발견된다[김민정(2019), 앞의 글, 72 내지 75면].

26) 황용석·권오성, 앞의 글, 53 내지 101면.

27) 황창근, 앞의 글, 12 내지 22면.

28) 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 한국언론법학회, 2018, 63-71면.

29) 지성우, “허위조작정보(소위 ‘가짜뉴스’) 규제에 대한 헌법적 문제점에 관한 연구”, 공법연구 제48집 제2호, 한국공법학회, 2019. 12., 163면.

문제된다. 만일 문제된 정보에 담겨 있는 내용이 자신의 의견을 표명한 것이라면 이는 허위성이 문제될 수 있는 영역이 아니기 때문이다. 따라서 그 내용이 사실을 적시한 것인지 의견을 표명한 것인지는 허위조작정보인지를 가름하는 중요한 요소 중 하나가 된다. 이를 구별하는 것은 쉽지 않다. 별다른 평가나 의견 없이 순수하게 사실만 적시하는 경우는 많지 않고, 의견 표명도 대체로 어떠한 사실이나 현상을 대상이나 근거로 하여 그에 대한 의견을 표현하는 경우가 많기 때문이다.

대법원은 피고인이 다른 사람의 저서에 관하여 분석하면서 기재한 글이 다른 사람의 명예를 훼손하였다 하여 기소된 사건에서, 사실의 적시와 의견표현의 구별에 관하여 “명예훼손죄에서의 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증 가능한 것을 말하고, 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.”고 하면서 “다른 사람의 말이나 글을 비평하면서 사용한 표현이 겉으로 보기에 증거에 의해 입증 가능한 구체적인 사실관계를 서술하는 형태를 취하고 있더라도, 글의 집필의도, 논리적 흐름, 서술체계 및 전개방식, 해당 글과 비평의 대상이 된 말 또는 글의 전체적인 내용 등을 종합하여 볼 때, 평균적인 독자의 관점에서 문제된 부분이 실제로는 비평자의 주관적 의견에 해당하고, 다만 비평자가 자신의 의견을 강조하기 위한 수단으로 그와 같은 표현을 사용한 것이라고 이해된다면 명예훼손죄에서 말하는 사실의 적시에 해당한다고 볼 수 없다”(대법원 2017. 5. 11. 선고 2016도19255 판결)고 한 바 있다.

또한 신문사가 대기업 노동조합의 노동쟁의 및 단체협약 등과 관련하여 보도한 기사가 노동조합의 명예를 훼손하였는지 문제된 사건에서 위 기사 중 사실, 오피니언 면에 쓴 의견기사가 명예를 훼손하였는지에 관하여 대법원은, “타인의 사회적 평가를 침해할 가능성이 있을 정도로 구체성이 있는 사실을 명시적으로 적시한 표현행위가 명예훼손이 될 수 있음은 물론이지만, 의견 내지 논평을 표명하는 형식의 표현행위라 하더라도 그 전체적 취지에 비추어 의견의 근거가 되는 숨겨진 기초 사실에 대한 주장이 묵시적으로 포함되어 있는데다가 그 사실이 타인의 사회적 평가를 침해할 수 있다면 명예훼손에 해당할 수 있고(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다

31356 판결, 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결 등 참조), 일정한 의견을 표명하면서 그 의견의 기초가 되는 사실을 따로 밝히고 있는 표현행위의 경우에도 적시된 기초 사실만으로 타인의 사회적 평가가 침해될 수 있는 때에는 명예훼손이 성립할 수 있다”고 하면서, “언론매체의 기사가 사실을 적시하는 것인지, 아니면 단순히 의견 또는 논평을 표명하는 것인지, 또는 의견 내지 논평을 표명하는 것이지만 그와 동시에 묵시적으로라도 그 기초가 되는 사실을 적시하고 있는 것인지를 구별함에 있어서는, 당해 기사의 객관적인 내용과 아울러 일반의 독자가 보통의 주의로 기사를 접근하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적인 의미, 전체적인 흐름, 문구의 연결방법뿐 아니라, 당해 기사가 게재된 보다 넓은 문맥이나 배경이 되는 사회적 흐름 및 독자에게 주는 전체적인 인상도 함께 고려하여야 할 것이다(대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1868 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2002다49040 판결 등 참조). 그리고 이와 같이 보도내용 중에서 논란이 되는 표현의 객관적 의미는 그 언어적 문맥 및 그 표현이 이루어진 주변 상황에 의하여 결정되는 것이므로, 설령 보도내용 중 일부의 취지가 분명하지 아니하여 오해의 소지가 있거나 거기에 상대방에 대한 비판이 부가되어 있다고 하더라도, 그 보도내용 중의 다른 기재 부분과 함께 전체적·객관적으로 파악하지 아니하고 취지가 불분명한 일부 내용만을 따로 떼어내어 명예훼손적인 사실의 적시라고 단정하여서는 안 되며(대법원 2008. 5. 8. 선고 2006다45275 판결 등 참조), 표현행위자의 내심의 의도나 상대방의 개인적 이해득실 등 주관적인 사정에 따라 그 표현의 객관적 의미가 좌우된다고 볼 수도 없다. 나아가 보도의 객관적인 표현형식이나 내용 등에 비추어 볼 때 이를 명예훼손적인 사실의 적시가 아닌 단순한 의견표명으로 파악할 수 있음에도 불구하고, 그 보도가 비판적인 관점에서 작성되었다는 등의 주관적인 사정을 고려하여 이러한 표현행위를 명예훼손에 해당하는 것으로 단정한 다음 그 표현행위자로 하여금 사실의 적시에 관한 명예훼손에 의한 불법행위책임을 부담하도록 하는 것은 허용될 수 없다(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004도4573 판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도5924 판결 등 참조)”(대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결)고도 하였다.

위와 같은 대법원 판결 내용을 고려하면, 사실과 의견을 구별할 때 해당 표현의 통상적인 의미와 증명가능성 등을 우선 고려하여 그것이 사실인지 의견인지를 구별해야 하고³⁰⁾, 논평·의견의 표명 형식을 가지고 있는 표현이라도 묵시적으로 어떠한

사실을 전제하거나 밝히고 있는 경우 이를 사실을 적시한 것으로 볼 수 있다. 이는 의견 표명의 형태를 취하고 있거니와 어떠한 허위적이고 명예훼손적인 사실을 내포하고 있더라도 그 책임에서 벗어난다고 보는 것은 부당하다는 면에서 타당하다.

나아가 위 대법원 판결에 따를 때 해당 표현이 콘텐츠의 전체적인 취지와 문맥을 살펴볼 때에도 사실을 적시한 것이라고 볼 수 있는지를 검토해야 한다.³¹⁾ 위에서 언급한 두 판결 중 전자는 타인의 저서에 대하여 분석하는 글을 실은 “우리 안의 식민사관”이라는 책이었고 후자는 사실과 오피니언 기사로, 위 각 판결에서는 글의 전체적인 의도와 목적, 인상, 맥락 등에 비추어 볼 때 문제된 부분은 의견표명에 해당한다고 보았다. 즉 증명가능한 사실관계를 적시한 것으로 볼 수 있는 표현이 있다 하더라도 전체적인 내용에 비추어 볼 때 그와 같은 표현 부분도 의견을 표명한 것에 해당한다고 본 것이다. 이는 사실 적시에 해당하는 표현이 있다 하여 모두 명예훼손에서 문제되는 사실 적시로 보아서는 안 되고 전체적인 취지와 정황, 맥락에 따라 제한되어야 한다는 뜻으로 볼 수 있다.

허위조작정보의 개념에서 위와 같은 기존의 의견과 사실의 구별 기준을 참고하여 보기로 한다. 허위조작정보는 어떠한 주장을 강하게 내세우거나 사람들을 선동하거나 사람들의 분노를 일으키려는 의도가 내포된 경우가 많기 때문에 그 상당수가 의견 표명을 콘텐츠의 주된 취지로 표방하고 있을 것으로 생각된다. 따라서 규제 여부가 문제되는 허위조작정보의 경우 전체적인 맥락을 보아 의견을 피력하기 위한 것으로 볼 것인지 아니면 의견이 근거하고 있는 허위 사실을 적시한 것으로 볼 것인지가 문제될 소지가 크다 할 것이다. 이러한 경우 문제되는 내용을 담고 있는 콘텐츠에서 의견의 근거가 되는 부분이 진위 판별이 가능할 정도로 구체화되어 있는지 검토해볼 필요가 있다. 구체적이고 비교적 명확한 표현으로 증명가능한 사실관계를 표현하고 있고 그와 같은 내용이 주를 이루고 있다면 이는 사실을 적시한 것에 해당한다고 판단함이 타당할 것이다. 반면 비록 그 내용이 모욕적이거나 공격적이고 선동적인 것이라 하더라도 그것이 진위 판별을 할 수 있을 정도로 구체화되지 않은 내용을 담고 있고 콘텐츠의 주된 취지가 자신의 주장을 피력하는 것이며 주장을 펴기 위한 근거로 사실관계를 일부 언급하는 것이라면, 그것이 의견표명으

30) 김시철, “명예훼손·모욕·사실왜곡에 의한 인격권 침해의 성립요건 및 공통점과 차이점”, 대법원판례해설 제79호, 법원도서관, 2009, 274 내지 275면.

31) 위와 같다.

로서의 한계도 벗어나 타인의 인격권을 침해함을 이유로 제한되는 것은 별론으로, 이를 두고 ‘허위조작정보’로 규제되어야 한다고 보기는 어렵다.

나. 적시 사실의 허위성

1) 허위성의 의미

허위조작정보의 ‘허위성’에 관하여는 명예훼손에 있어 ‘허위사실’에서의 ‘허위성’ 개념을 응용할 수 있다. 즉 해당 콘텐츠의 전체적·객관적인 내용에 비추어 그 적시된 사실의 중요한 부분이 진실에 부합하지 않는 경우를 의미한다. 대법원은 적시사실의 허위성에 대해, “해당 언론보도의 전체적, 객관적인 내용에 비추어 그 적시된 사실의 중요한 부분이 진실에 부합하지 않는 경우를 의미하는 것이다.”라고 보면서, “보도내용 중 일부 내용의 진위가 분명하지 아니하여 오해의 소지가 있거나 거기에 특정인에 대한 비판이 부가되어 있다고 하더라도 그 보도자료 중의 다른 기재내용이나 구두설명 등을 전체적, 객관적으로 파악하여 그것이 허위사실의 적시에 해당 하는지 여부를 가려야 할 것이고 그 취지가 불분명한 일부 내용만을 따로 떼어내어 허위사실이라고 단정하여서는 안 되며 적시사실 중 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 그 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 허위 사실이라고 볼 수 없다”(대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다111579 판결 등 참조)고 한 바 있다. 위 판례를 참고할 때, 허위조작정보에 있어서도 문제된 콘텐츠에 나타난 세부사항의 일부가 사실에 맞지 않는다 하더라도 그 콘텐츠에서 중요하게 다루는 부분이 사실과 일치한다면 이를 두고 허위조작정보라고 할 수는 없을 것이다.

다만 문제된 콘텐츠에 적시된 사실 중 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는지를 명쾌하게 판단하기는 쉽지 않다. 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 사건 [헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정]에서 헌법재판소 재판관 5인의 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 보충의견에서도 “어떠한 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별해내는 것은 매우 어렵고, 객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것 역시 어려우며, 현재는 거짓인 것으로 인식되지만 시간이 지난 후에 그 판단이 뒤바뀌는 경우도 있을 수 있다.”고 한 바 있다. 이와 같은 한계가 있음을 고려하면 특정인의 이익을 침해하는 것이 아닌 사회적 법익을 침해하는 내용의 허위조작정보라면 허위성을 좀더 엄격하게 인정하는 것이 필요할 것으로 보인다.

2) 사실 왜곡의 경우

허위성 판단에 있어 문제될 수 있는 다른 쟁점은 사실을 왜곡한 경우에도 허위사실이라고 볼 수 있는지 여부이다. 순수하게 지어낸 허위사실만이 아니라 기초적 사실은 진실하나 그 사실관계가 속해 있는 전체적인 맥락을 생략하고 자신이 강조하고 싶은 부분만 부각하는 등의 방법으로 왜곡하여 만들어낸 경우 이를 허위조작정보로 볼 수 있을 것인지의 문제이다. 허위조작정보의 경우에는 어느 정도 알려진 진실한 사실을 기초로 긍정적인 또는 부정적인 인상을 사람들에게 각인시키기 위하여 사실의 맥락을 생략하거나 주장에 부합하지 않는 정보는 빼버리는 등의 방식으로 왜곡하는 경우가 많을 것으로 생각된다. 이는 허위조작정보의 제작비용과도 관계되는 부분이다. 이미 보도된 콘텐츠를 기반으로 하여 사진이나 문맥을 추가하거나 빼서 자신의 의도에 부합하는 인상을 심어줄 수 있도록 만드는 것이 비용은 훨씬 덜 들면서 정말 언론보도인 것처럼 보이게 할 수 있기에 허위조작정보 제작자들은 위와 같은 방식을 선호할 것이다.

허위조작정보에 관하여 그동안 제안된 법안에서의 정의를 살펴볼 때 사실을 왜곡한 것 또한 허위조작정보에 포함됨을 전제로 한 법안이 다수 있는 것도 그와 같은 문제의식과 관련되어 있을 것이다. 제20대 국회에서 송희경 의원 등 12인이 2017. 8. 4. 발의한 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 일부 개정안에는 문화체육관광부장관은 언론사 등이 고의 또는 중과실로 ‘허위의 사실 또는 왜곡된 사실’에 대한 언론보도 등을 한 경우 중재위원회의 시정명령 요청을 받아 시정을 명할 수 있도록 하였고,³²⁾ 강효상 의원 등 14인이 2018. 5. 19. 발의한 “가짜뉴스대책위원회의 구성 및 운영에 관한 법률안”에는 가짜뉴스를 “정치적 또는 경제적 이익을 위하여 신문 인터넷신문 방송 또는 정보통신망에서 생산된 거짓 또는 왜곡된 내용의 정보로서 언론보도 또는 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보”로 정의하였다.³³⁾

이와 관련하여 헉터 맥도널드는 중요한 진실을 숨기고 현실을 왜곡하기 위해 다른 자료나 수치는 숨기고 자신의 주장에 부합하는 자료만 밝히는 생략 방식, 어떤 이가 정책을 주장한다는 소개에 이어 그 정책과 무관한 그의 형사 처벌 전력을 함

32) 송희경 의원 등 12인 발의, “언론중재법 일부개정법률안”, 2008394, (2017. 8. 4.) [기간만료로 폐기], 3 내지 8면.

33) 강효상 의원 등 14인, 3 내지 13면; 20대 국회에서 발의된 가짜뉴스/허위조작정보 관련 법안들에서 규제 대상으로 상정한 정보의 개념정의 14개 중 “거짓 또는 왜곡된 사실”을 개념요소로 하는 경우가 8개, “거짓이나 왜곡된 내용”이 1개, “거짓의 사실” 혹은 “허위의 사실”을 언급한 경우가 2개, “검증된 사실로 포장”이라는 표현을 사용한 경우가 1개 있었다[김민정(2019), 앞의 글, 55면].

게 묶어서 보도함으로써 관련 없는 진실이 관련 있는 것 같은 인상을 심어주는 관련시키기 방식, 노예제와 KKK 운동을 교육 과정에서 전혀 언급하지 않는 텍사스주 교육 지침과 같은 망각시키기 방식, 반대하는 진영에서 한 말을 맥락을 빼고 소개하여 극단적인 발언을 한 것처럼 만드는 맥락을 무시하는 방식 등의 다양한 사실 왜곡 방식을 소개하였다.³⁴⁾ 이러한 왜곡 방식은 허위조작정보 제작에서 다양하게 사용될 수 있을 것이다.

이와 관련하여 상대방에 대한 사실 중 일부분을 누락함으로써 상대방에 대한 인상을 왜곡시키는 결과를 가져올 수 있는 경우, 그 ‘누락’되었다는 이유만으로 적시 사실이 허위라고 인정하기 어렵지만, 예외적으로 누락 또는 생략에 의해 거짓된 외관이 생기기에 이른 경우에는 허위사실을 적시한 경우로 볼 수 있다는 견해가 있다.³⁵⁾ 기초적인 사실이 진실에 부합하는 면이 있다 하여 모두 허위조작정보가 아니라고 하는 것은 부당하고 사안에 따라 허위조작정보에 포함될 수 있다고 봄이 타당하다. 다만 기초가 된 사실은 진실에 부합하는 면이 있다는 점을 감안하여 누락 또는 생략으로 인하여 원래의 사실과는 다른 새로운 사실을 만들어낸 것으로 볼 수 있을 정도에 이르렀을 때 이를 허위조작정보에 포함된다고 봄이 바람직할 것이다.

한편 대법원은 왜곡된 사실을 근거로 의견을 표명한 사설 및 오피니언 기사에 대하여 다음과 같이 위 각 기사는 기본적으로 의견 표명으로 보면서도 왜곡된 사실 부분과 관련하여서 인격권 침해로 인한 불법행위 책임을 인정한 바 있다. “‘원고의 정의행위로 인하여 체결된 2003년도 단체협약에 따라 원고 조합원들이 연간 165일 내지 177일(또는 170일 내지 180일)의 휴일을 누리면서도 연봉 5,000만 원을 받게 되었다’고 하면서 현대자동차 노사협상에 나타난 원고 조합원들의 임금과 휴일의 수준, 위 노사협상의 배경과 결과 등에 관하여 개략적인 상황을 적시한 다음, 이러한 협상내용을 평가하면서 이를 비판하는 의견을 표명한 것임을 알 수 있다. 이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 제6, 7기사 역시 일반 독자의 기준에서 볼 때 전체적인 인상과 맥락으로 보아 구체적인 사실전달보다는 의견표명 내지 논평을 주된 목적으로 하는 보도로서, 원고의 사회적 평가를 저하시키는 사실을 적시한 명예훼손에 해당한다고 보기는 어려우나, 그 의견표명의 전제로 적시한 사실관계 중 ‘원고의 정의행위로 인하여 체결된 2003년도 단체협약에 따라 원고 조합원들이 연

34) Hector Macdonald (이지연 번역), 만들어진 진실, 흐름출판, 2019, 47 내지 177면.

35) 박상용, 명예훼손법, 현암사, 2008, 311면.

간 165일 내지 177일(또는 170일 내지 180일)의 휴일을 누리면서도 연봉 5,000만 원을 받게 되었다”는 보도내용은, 피고가 휴일수와 연봉액을 병렬적으로 거시하는 표현을 사용한 점, 제6, 7기사의 다른 부분에서도 원고의 조합원들이 실제로 위와 같은 휴일을 사용하는 것이 아니라 제도적으로 보장된 휴일수의 최대한도라는 것을 시사하는 단서나 표현이 전혀 없는 점 등 제반 사정을 고려하여 볼 때, 피고가 의도적으로 사실을 왜곡함으로써 원고 내지 그 조합원들의 인격권을 침해하였다 할 것이므로, 이는 원고에 대한 불법행위를 구성한다”(대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결)고 보았다. 이는 대법원에서도 사실을 왜곡한 행위도 그 왜곡의 정도, 표현 방식, 의도성 등을 고려할 때 위법하여 불법행위가 성립할 수 있다고 보았음을 의미한다.

3) 허위성의 증명책임

허위조작정보에 있어서 허위성을 판단할 때에도 판단하는 당시까지 나타난 자료, 기술 등을 토대로 진실에 부합하는지 여부를 판단할 수밖에 없기에 시간이 지나 과학기술이 발달하고 묻혀 있던 사실이 발견됨에 따라 허위 여부에 대한 판단이 달라질 위험은 상존한다. 그럼에도 불구하고 만일 허위조작정보를 규제하는 것이 불가피하다는 것이 입법자의 판단이고 그것이 헌법적 가치에 위배되지 않는다고 본다면, 그 단계에서 제출된 자료에 기초하여 허위인지 여부를 판단하고 허위성에 대한 증거가 충분하지 않다면 허위라고 보기에 부족하다는 판단을 해야 할 것이므로, 결국 허위조작정보에서도 허위성에 대한 증명책임을 누가 부담하는지가 중요한 쟁점이 될 것이다.

원래 명예훼손죄에 관한 형사사건에서 검찰은 허위사실이라는 데에 대하여 증명책임을 부담하고, 명예훼손에 관한 민사사건에서는 허위라고 주장하는 자가 원칙적으로 증명책임을 부담한다. 위와 같은 구조 하에서라면 허위조작정보 규제에 있어서도 허위임을 주장하는 자가 일응 증명책임을 부담한다고 보게 될 것이다. 다만 사회적 법익을 침해하는 허위조작정보의 경우 명예훼손의 경우와는 다르게 허위임을 주장하는 자가 허위사실의 당사자의 지위에 있지 않기 때문에 증명책임을 어느 정도로 부담하는지 문제될 수 있다. 이와 관련하여 명예훼손에서 증명책임과 관련하여 다음과 같이 본 판결은 이에 대한 시사점을 제공한다.

대법원은 ‘사실의 부존재’의 증명책임을 누가 부담하는지와 관련하여, “사실적 주

장이 진실한지 아닌지를 판단함에 있어서, 어떠한 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론 어떠한 사실의 부존재의 증명이라도 그것이 특정 기간과 특정 장소에서 특정한 행위가 존재하지 아니한다는 점에 관한 것이라면 피해자가 그 존재 또는 부존재에 관하여 충분한 증거를 제출함으로써 이를 증명할 수 있을 것이다. 그러나 그것이 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재의 증명에 관한 것이라면 이는 사회통념상 불가능에 가까운 반면 그 사실이 존재한다고 주장·증명하는 것이 보다 용이한 것이어서 이러한 사정은 증명책임을 다하였는지를 판단함에 있어 고려되어야 하는 것이므로 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고 피해자는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 입증할 수 있다”(대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결 등)고 하여 불특정한 시공간에서 사실의 부존재를 증명해야 하는 경우 피해자의 증명책임을 완화하는 판시를 한 바 있다.

또한 대법원은 과학분야에서 허위성 입증 정도와 관련하여 “그런데 언론보도에 의하여 주장된 사실관계가 어떠한 물질이 사람의 생명이나 건강에 위험을 미치는지 여부에 관한 것인 경우 그 사실관계는 과학적으로 완전히 밝혀지지 않은 경우가 많고 특히 식품위생에 관한 우리의 지식은 아직도 과학적으로 정당한 것으로 증명되지 아니한 가설이나 경험적 자료에 의한 경우가 많은 것이 현실이다. 이와 같이 언론보도에 의하여 주장된 사실관계가 과학분야에 관한 사실(이하 ‘과학적 사실’이라고 한다)이고 그 과학적 사실이 현재의 과학수준으로 그 진실 여부가 완전히 밝혀지지 않은 단계에서 과학적 사실의 진실성을 법원이 판단을 하여야 할 경우, 그 과학적 사실이 진실하지 아니하다는 점에 대하여 자연과학의 관점에서 추호의 의혹도 허용되지 아니할 정도로 증명할 것을 요구한다면 이는 마치 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명하는 것과 마찬가지로 불가능에 가까운 것일 뿐더러 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하여야 한다는 자유심증주의의 원칙과도 배치되는 일이라고 할 것이다. 따라서 과학적 사실에 관한 보도내용의 정정보도 여부를 심리함에 있어서 법원으로서 언론사가 그 사실적 주장의 근거로 삼은 자료를 포함하여 소송과정에서 현출된 모든 과학적 증거의 신뢰성을 조사하고 그 증명력을 음미하거나 이를 탄핵하는 방법으로 그 과학적 사실의 진실 여부를 판단할

수 있다. 그리고 여기에서 과학적 증거의 신뢰성 여부는 그 이론이나 기술이 실험될 수 있는 것인지, 이론이나 기술에 관하여 관련 전문가 집단의 검토가 이루어지고 공표된 것인지, 오차율 및 그 기술의 운용을 통제하는 기준이 존재하고 유지되는지, 그 해당 분야에서 일반적으로 승인되는 이론인지, 기초자료와 그로부터 도출된 결론 사이에 해결할 수 없는 분석적 차이가 존재하지는 않는지 등을 심리·판단하는 방법에 의하여야 한다. 그리하여 언론사가 과학적 사실에 관한 보도내용의 자료로 삼은 과학적 증거가 이러한 기준에 비추어 신뢰할 수 없는 것이거나 그 증거 가치가 사실인정의 근거로 삼기에 현저히 부족한 것이라면 그러한 자료에 기초한 사실적 주장은 진실이 아닌 것으로 인정할 수 있다고 보아야 한다. 뿐만 아니라 과학적 이론은 언제나 정당한 것이거나 증명이 가능한 것이 아니고, 과학은 진실을 찾아가는 과정이므로 불확실성은 과학의 정상적이고 필수적인 특성이다. 이렇듯 불확실성을 내포할 수밖에 없는 과학적 연구를 다루는 언론으로서의 과학의 불확실성을 확신하고 그 과학적 연구의 가정과 전제를 잘 살펴서 신중한 자세로 보도하여야 한다. 그리고 과학적 불확실성은 그 과학적 연구가 첨단과학이나 논쟁적인 과학적 주제에 관한 것일수록 높아지는 것이므로, 언론은 보도과정에서 과학적 연구의 한계를 언급하지 아니하거나 근거 없이 그 의미를 확대하여 보도하는 것을 경계하여야 한다. 따라서 현재까지의 과학수준이나 연구 성과에 의하여 논쟁적인 과학적 사실의 진위가 어느 면으로든 증명되지 아니한 상태에 있음이 분명하고, 아직 그러한 상태에 있다는 것이 학계에서 일반적·보편적으로 받아들여지고 있는 경우, 언론이 논쟁적인 주제에 관한 과학적 연구에 근거하여 그 과학적 연구의 한계나 아직 진위가 밝혀지지 아니한 상태라는 점에 관한 언급 없이 그 과학적 연구에서 주장된 바를 과학적 사실로서 단정적으로 보도하였다면 그 과학적 사실에 관한 언론보도는 진실하지 아니한 것이라고 할 것이다. 따라서 그 언론보도의 내용에 관한 정정보도를 청구하는 피해자로서는 그 과학적 사실이 틀렸다는 점을 적극적으로 증명할 필요 없이 위와 같이 그 과학적 사실의 진위가 아직 밝혀지지 않은 상태에 있다는 점을 증명함으로써 언론보도가 진실하지 아니하다는 데에 대한 증명을 다하였다고 보아야 한다”(대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 전원합의체 판결 등)고 보아 과학적 사실에 대한 보도의 경우 허위성에 대한 입증 정도를 완화한 바 있다.

위와 같은 판결은 허위조작정보의 허위성 증명책임에서도 응용될 수 있을 것으로 보인다. 즉 허위조작정보에 있어서도 증명책임의 일반원칙에 따라 원칙적으로 허위

성을 주장하는 자가 증명책임을 부담하되, 불특정한 시공간에서의 사실의 부존재를 증명해야 하는 경우 그 콘텐츠의 진실성에 관하여 행위자가 먼저 그와 같은 내용을 작성한 근거를 제시하고 그에 관하여 허위를 주장하는 자가 신빙성에 대해 탄핵하거나, 아직 명확하게 증명되지 않은 과학 정보에 관하여 사실이라고 단정적으로 적시하는 내용의 허위조작정보가 있다면 그에 대하여 그것이 과학적 사실의 진위가 아직 밝혀지지 않은 상태에 있다는 점을 증명함으로써 증명책임을 다한 것으로 보아 증명책임을 경감하도록 할 수 있다.

2. 허위성 인식과 기망 의사 요부

가짜뉴스 또는 허위조작정보의 개념에 대한 논의에서 자주 언급되는 부분이 “의도적으로 조작”³⁶⁾, “타자를 속이려는 의도가 담긴”³⁷⁾, 허위조작정보라는 “용어가 함축하고 있듯이 처음부터 속이거나 기만하려는 나쁜 의도성이 내포되어 있다”³⁸⁾고 하는 등 ‘기만할 의도’란 부분이다. 반면 가짜뉴스와 관련하여 고의이든 과실이든 허위정보라면 일단 가짜뉴스의 범주에 포함시키고 고의와 과실 여부는 사후 제재 수준을 결정할 때 참작하는 게 옳다는 견해가 있다.³⁹⁾

이 부분 논의와 관련하여 우선 허위성에 대한 인식과 기망에 대한 의사를 나누어 살펴보고자 한다. 먼저 허위성에 대한 인식에 관하여 보면, 허위사실임을 알지 못하고 진실일 것으로 믿고 작성한 것이라면 이는 오보나 추측기사에 가깝다. 의도적이지 않은 오보까지 내용이 허위임을 이유로 규제하게 된다면 규제 범위가 과도하게 넓어질 위험이 있기 때문에 허위성에 대한 인식은 요구된다고 보아야 한다. 다만 이와 같이 보더라도 여전히 허위조작정보의 제작자가 누구인지 확인하기도 어려운 상황에서 허위성에 대한 인식 유무를 어떻게 판단할 수 있을지의 문제는 남는다. 생각건대 문제되는 콘텐츠의 기본 자료가 된 출처가 어떤 것인지를 확인하고, 만일 기존에 보도된 뉴스나 존재하였던 사실관계에서 일부를 가감하여 만들어낸 것이라면 그로써 내용이 어떻게 달라졌는지와 그와 같이 가감할 때의 근거가 무엇인지를

36) 법무부, 앞의 보도자료.

37) 황용석·권오성, 앞의 글, 68면.

38) 이완수, “사람들은 왜 쉽게 속아 넘어가는가?”, 미디어와 인격권 제5권 제2호, 언론중재위원회, 2019. 12., 95면.

39) 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 한국언론법학회, 2018. 4., 56면.

검토하며, 콘텐츠의 근거가 된 내용이 취재원의 진술이라면 취재원의 원래 인터뷰 내용이 어떤 것인지, 취재원의 진술에 반대되는 자료를 쉽게 찾을 수 있는 것인지 등에 관하여 확인해봄으로써 고의성에 대한 추정을 할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 기존 명예훼손 소송에서 위법성조각사유로 검토해온 “진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지”의 기준을 참고할 수 있다. 대법원에서는, 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있는지를 판단하기 위해 일반적으로 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성, 표현 방법 등 여러 사정을 종합하여 판단하고, 언론보도의 경우 적시된 사실의 내용, 보도로 인한 피해자의 피해 정도와 함께 기사의 성격상 신속한 보도가 요청되는 것인가, 정보원이 믿을 만한가, 피해자와의 대면 등 진실의 확인이 용이한 사항인가와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다고 하고 있다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다27769 판결 등). 결국 대법원은 명예훼손소송에서 위법성조각사유로 상당한 이유가 있는지에 관하여 행위자가 그와 같은 행위를 할 때 취재원의 말만 신뢰한 게 아니라 그 주장에 근거가 있는지를 조사해 보았는지, 피해자 측의 주장을 충분히 검토하였는지를 중요한 판단 기준으로 삼게 된다.

‘기망에 대한 의사’라는 부분에 관하여 본다. 위 학설 등에서 언급한 ‘기망할 의도’는 통상 법률적 표현으로는 ‘기망할 의사’로 볼 수 있을 것이다. 기망 의사 없이 만들어진 허위정보라면 이는 풍자, 패러디와 같은 것에 해당할 것인데, 이러한 경우는 형사적이든 행정적이든 규제의 대상에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 규제의 측면에서 논할 때 허위조작정보는 누군가가 의도적으로 허위정보를 만들어내고 그로써 다른 사람들을 속게 하여 민주적 의사결정을 저해하거나 공중보건상 위험한 상황을 초래하게 한다는 점에서 규제 여부의 문제가 제기되고 있는 것인데, 기망할 의도는 없이 풍자나 패러디 의사로 만들어낸 경우라면 이는 사람들의 자유롭고 창의적인 정치적, 사회적 의사표현의 일환으로 표현의 자유 범위 내에서 충분히 보호되어야 할 것이고, 상대적으로 사회적 위험성을 초래할 우려 또한 적을 것이기 때문이다. 따라서 허위조작정보의 개념 정의에서 기망할 의사는 포함된다고 봄이 타당하다.

기망할 의사를 요한다고 볼 경우에도 그러한 의사가 있다는 점을 어떻게 증명할 수 있을 것인지 문제될 수 있다. 이는 허위성에 대한 인식과 어느 정도 연결지어 볼 수 있다. 허위성에 대한 인식이 있다고 볼 수 있음에도 그 표현방법이나 전체적

인 맥락으로 볼 때 풍자나 패러디라고 볼 만한 사정도 없이, 출처가 불분명한 통계 자료나 전문가의 발언을 인용하며 마치 사실인 것처럼 그럴듯하게 포장하여 소셜미디어 계정에 올리는 등의 방법으로 불특정 다수에게 전파하였다면 이는 일응 다른 사람들을 속이기 위한 행동이라고 볼 수 있다. 또한 행위자가 허위조작정보를 제작함으로써 어떠한 이익을 취득할 수 있다면 그와 같은 기망 의사를 추단하기가 더 용이할 것이다.

3. 정치·경제적 목적성 요부

허위조작정보를 정의함에 있어 기망에 대한 고의나 목적을 넘어서 정치적이거나 경제적 이익 향유에 대한 목적까지 포함시켜야 하는지에 대하여는 학계의 논의가 있다. 황용석·권오성은 의도된 가짜 정보(disinformation)와 협의의 페이크 뉴스를 구별하여 후자가 전자에 포함되는 개념으로 보고, 후자의 개념정의로 “상업적 또는 정치적 목적에서” 타자를 속이려는 의도가 담긴 정보를 개념요소 중 하나로 꼽았다.⁴⁰⁾ 오세욱·정세훈·박아란도 ‘가짜뉴스’는 “그 강도에 상관없이 정치적·경제적 목적으로 거짓 내용을 담고 있으면서, 독자를 기만할 목적으로 뉴스 형식을 차용한 거짓 정보”라고 하여 목적을 개념요소에 담고 있다.⁴¹⁾ 반면 황창근은 정치적, 경제적 의도가 필요한지에 관하여 “가짜뉴스의 전파에 특별한 의도성은 당연한 것이고, 특히 ‘목적’을 개념요소로 하는 경우에는 그 개념을 좁혀서 법적용을 배제시키는 결과가 되는 것이므로, 굳이 개념요소로 볼 필요는 없다”고 하였다.⁴²⁾

허위조작정보에 대한 위 논의에서 ‘정치적, 경제적 이익을 얻을 목적’이라는 요소를 두면 정치적인 의사를 관철하기 위해 또는 경제적 이익을 얻기 위해 사실관계를 허위로 조작하였다는 점에서 비난가능성이 크고, 그와 같은 목적 하에서라면 행위자는 허위정보를 광범위하게 전파하려 할 것이기에 사회적 위해성 또한 클 것이라고 짐작할 수 있다. 이런 면에서 목적 요소를 두면 규제 대상으로서의 허위조작정보 성립 범위를 제한할 수 있고 특히 형사 처벌에 있어 과도한 처벌을 제한할 수 있다는 의미가 있기는 하다.

40) 그 외에도 수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보, 사실검증이라는 저널리즘의 기능이 배제된 가운데 검증된 사실처럼 허위포장한 정보를 협의의 가짜뉴스의 개념요소로 보고 있다 [황용석·권오성, 앞의 글, 68면].

41) 오세욱·정세훈·박아란, 앞의 책, 41면.

42) 황창근, 앞의 글, 13면.

그러나 ‘정치적·경제적 이익을 얻을 목적’이라는 문구만으로는 규제 법률이 갖추어야 할 명확성의 원칙에 위배될 가능성이 높다. 특히 ‘정치적 이익을 얻을 목적’이 어떤 것을 의미하는지, 즉 정치적으로 어떤 주장을 관철하려 한다거나 자신이 지지하거나 반대하는 특정 정당 또는 정치인 또는 정책에 관하여 자신의 주장과 동조하는 세력을 키우려고 하는 것을 의미하는지 더 나아가 자신의 존재를 사회적으로 부각시키고 영향력을 확대하려는 것도 포함하는지에 관하여 구체화시키기가 쉽지 않다. 경제적 이익을 얻을 목적과 관련하여서도 어디까지를 경제적 이익으로 볼 것인지, 그리고 주된 목적은 경제적 이익을 얻는 것이 아닐 때에도 이를 포함시킬 수 있을지 등이 문제될 수 있다.

또 한편으로 정치적·경제적 이익을 얻을 목적을 개념요소로 할 경우, 해당 정보 삭제 필요성의 측면에서 볼 때 행위자에게 그와 같은 목적이 있어야 삭제할 필요성이 있다고 보기 어렵다는 문제도 있다. 행위자가 정치적·경제적 이익을 얻을 목적이 아니라 장난이나 재미로 사회적으로 위해가 될 수 있는 허위정보를 조작한 경우 위와 같은 목적은 정치적·경제적 목적이 아니니 이를 규제하지 않아도 된다고 본다면 규제의 실효성이 문제될 수 있다. 예를 들어 사람들의 반응을 보기 위해서 또는 단순한 호기심에서 어떤 병에 유해한 약임에도 이를 효과가 있다는 내용의 허위정보를 진정한 사실로 언론에서 보도하는 것처럼 그럴 듯하게 작성하여 전파하였다면 이와 같은 정보는 정치적이거나 경제적인 목적이 없었다 하더라도 삭제해야 할 필요성은 오히려 높다고 할 수 있다.

사람들을 기만에 빠뜨릴 의사로 사실관계를 허위로 조작하고 이를 소셜미디어에 올리는 등으로 전파하였을 때 그 제작자가 어떤 목적으로 그와 같이 하였는지, 그 목적이 무엇인지 아니면 정치적이거나 경제적으로 원하는 바를 얻거나 공동체에 대한 적대적 입장에서 해를 끼칠 목적으로 한 것인지, 자신을 과시하거나 자신의 영향력을 확대하려고 한 것인지 등을 규제의 기준으로 삼게 되면 쉽게 입증하기 어려운 주관적 요소를 기준으로 규제 여부를 결정하게 되는 것이기도 하고, 규제 대상에 해당하는 목적이 어디까지인지도 구체적으로 파악하기 어려워 명확성 원칙에 위배되기 쉽다. 또한 정작 규제해야 할 허위정보를 규제하지 못하게 될 위험성도 있다. 따라서 허위조작정보의 개념요소에 제작자의 목적까지 포함하는 것까지는 불필요하고, 규제 대상의 범위는 목적에 따라 제한하기보다 문제되는 허위조작정보가 담고 있는 위험성의 정도, 즉 즉각적이고 실질적인 사회적 피해를 야기할 위험이

높은지⁴³⁾에 따라 결정하는 것이 바람직하다.

4. 언론보도 형식 요부

허위조작정보의 개념 요소로서 “언론보도의 형식”을 요하는지의 문제가 있다. 이 쟁점과 관련하여 황용석, 권오성은 위에서 보았듯이 협의의 페이크 뉴스의 개념정의의를 하면서 “수용자가 허구임을 오인하도록 언론보도의 양식을 띤 정보”를 하나의 요소로 보았고, “언론사 서비스 또는 언론보도의 진실스러운 양식(제호, 기자명 등 형식적 요건)만을 모방하여 발행주체를 오인하게” 하는 것⁴⁴⁾을 사업자 자율규제대상으로서의 가짜뉴스의 하나의 요소라고 보았다. 오세욱·정세훈·박아란은 “제호, 발행일자, 기자 등의 완벽한 기사 형식을 갖추고 있을 필요는 없고 기사로 오인될 형식을 갖추고 있는 것으로 족하며 다만 기사 형식을 갖추지 않은 ‘지라시’나 정보 보고, 루머 형태로 유통되는 것은 가짜 뉴스에 해당되지 않는다고 하고 있다.⁴⁵⁾ 유의선은 가짜뉴스가 형사적 규제 대상이 되기 위해서는 “언론사 뉴스로 오인될 만큼 세부 뉴스 형식을 차용해야 하고, 언론사 뉴스로 충분히 오인될 만한 뉴스 형식이란 단순한 뉴스의 6하 원칙 차용이 아닌, 언론사가 생산·유통한 것으로 인식할 정도의 세부적인 뉴스틀을 갖추었다는 것을 뜻한다”⁴⁶⁾ 고 하고 있다.

반면 이에 대하여 디지털 시대에 언론보도 형식이라 과연 무엇을 의미하는지 불분명하다고 보는 견해가 있고⁴⁷⁾ 현재 여러 해악을 초래하는 정보 무질서는 언론보도 형식을 차용한 방식을 넘어 다양한 형태로 전방위적으로 나타나고 있어 ‘언론보도 형식 모방’을 필수요소로 상정하는 것은 현 시점에서는 불필요하고 부적절하다고 보는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 위에서 본 “허위조작정보에 대한 다차원적 접근 보고서”에서도 ‘허위조작정보’란 “뉴스와 유사한 외견과 형식을 가진 경우 뿐 아니라 조작된 계정, 가짜 팔로워들의 네트워크, 조작된 영상 등”까지 포함한다고 하고 있다.⁴⁹⁾

43) 유의선은 형사적 규제 대상이 되는 가짜뉴스는 “(1) 정치적·경제적 목적 등을 달성하기 위해 악의적으로 생성·유포된 허위의 사실로서 (2) 언론사 뉴스로 오인될 만큼 세부 뉴스 형식을 차용해야 하고 (3) 즉각적이고 실질적인 사회적 피해를 야기하거나 그러한 피해 발생의 가능성이 명백해야 한다.”고 하고 있다[유의선, 앞의 글, 57면].

44) 황용석·권오성, 앞의 글, 80면.

45) 오세욱·정세훈·박아란, 앞의 책, 40면.

46) 유의선, 앞의 글, 57면.

47) 박아란, “‘가짜뉴스’와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토”, 언론정보연구 제56권 제2호, 서울대학교 언론정보연구소, 2019. 5., 148면.

48) 김민정(2019), 앞의 글, 55면.

언론보도 형식이 어떤 것인지는 논란의 여지가 많고 허위정보는 여러 가지 다양한 형태로 만들어질 수 있는 면이 있으며, 언론보도 형식을 띠지 않은 허위정보의 경우 모두 규제 대상으로서의 허위조작정보가 아니라고 본다면 소셜미디어에 떠도는 상당수의 허위정보는 규제 범위에서 벗어나게 된다는 점에서 실효성의 문제가 제기될 수 있는 것은 사실이다. 그러나 개인이 언론보도 형식을 따르지 않고 개인적으로 작성하였음이 드러나는 형태로 소셜미디어 등에 올린 글의 경우에는 비록 허위사실을 담고 있고 그 위해성이 크다 하더라도 이는 표현의 자유라는 헌법적 이익을 고려할 때 이를 규제해야 할 허위조작정보에 포함시키기는 어렵다고 본다. 허위조작정보의 규제 여부가 문제되는 것은, 사람들은 언론보도에 관하여 사실확인과 취재 등의 절차를 거쳐 작성된 것으로 진실에 가까운 것이라고 신뢰하게 되는데, 허위조작정보는 그와 같은 사람들의 신뢰를 악용하여 언론보도와 같은 외관을 갖추으로써 사람들을 진실된 사실이라고 기망하려 하고, 그로써 사회적 폐해가 발생할 위험이 높아진다는 점 때문이다. 그와 달리 개인적으로 작성한 글이라면 일반적으로 개인이 모은 정보라는 한계를 드러내고 있는 면이 있고, 읽는 사람들도 그와 같은 한계를 인지할 수 있으므로 이러한 경우까지 모두 규제 대상이 된다고 보는 것은 표현의 자유를 침해하는 것이 될 우려가 크다.

여기서 언론보도 형식을 개념요소로 요구할 경우 “언론보도 형식”을 어떤 것으로 볼 것인지에 관하여는 여러 가지 의견이 있다. 기존 언론보도의 문체, 표현 등을 유사하게 모사하여 작성하였다면 그로써 족하다고 볼 것인지, 아니면 제호, 발행기관명, 바이라인 등까지 모두 표시되고 기존의 뉴스와 같은 틀을 갖춘 것이어야 할 것인지에 관하여 다른 견해가 있을 수 있다. 이는 “기망의 정도”와 관련된 문제로서, 제호나 바이라인이 없으면 바로 허위조작정보가 아니라는 식으로 일률적으로 판단하기 보다는 문제된 허위정보의 문체, 편집 방식, 사진과 글을 제시하는 방식, 제호와 바이라인, 발행기관명 표시가 있는지, 있다면 어떻게 표시되어 있는지 등을 모두 종합적으로 고려하여 ‘언론보도로 볼 만한 외관이 있는지’를 판단하여야 할 것이다.

5. 소결

49) HLEG, 앞의 글, 10면.

규제 대상이 될 수 있는 허위조작정보는 ‘허위인 사실’을 적시한 것이어야 하고, 해당 정보 작성자 내지 게재자가 허위성을 인식하면서도 다른 사람들을 기망할 의사로 작성하여 게재한 것이어야 하며, 언론보도로 볼 만한 외관을 갖춘 경우에 해당하여야 한다. 사실을 왜곡한 경우에도 그로써 새로운 사실을 만들어냈다고 볼 수 있을 정도에 이르렀다면 이에 포함될 수 있다.

이하에서는 위와 같은 허위조작정보에 대한 개념을 바탕으로 그에 관한 규제 논의의 배경으로서 허위조작정보가 생성되고 유포되는 배경을 알아보고, 규제 필요성이 논의되는 배경에 관하여 살펴보기로 한다.

제 3 절 허위조작정보 규제 논의의 배경

1. 생성과 확산의 기술적 배경

가. 뉴스 수용 경로의 변화

한국언론진흥재단이 실시한 “2019 언론수용자조사”에 따르면, 시민들의 뉴스 이용 경로에 대한 조사 결과, 20대 이상 시민들의 39.1%가 인터넷 포털을 뉴스 및 시사 정보의 경로로 이용한 것으로 나타났다.⁵⁰⁾ 위 조사에 따를 때 20대 시민들 중 인터넷 포털이 주된 이용 경로라고 답한 이들이 77.7%, 텔레비전이 주된 이용 경로라고 답한 이들이 10.1%로 나타났고, 30대의 경우 위 각 비율이 66%, 25.4%로 나타났으며 40대의 경우 44.9%, 49.6%로, 50대의 경우 23.5%, 68.8%, 60대 이상의 경우 4.6%, 89.5%로 나타나 세대에 따라 상당한 차이가 있음을 알 수 있었다.⁵¹⁾ 포털을 통하여 뉴스를 보는 방식에서도 5점을 척도로 하였을 때 “필요한 정보를 검색하다가 관련 뉴스를 이용한다”가 2.94점, “실시간 검색 순위에 오른 인물이나 사건을 찾아서 이용한다”가 2.81점으로 높은 순위인 반면, “내가 미리 설정한 뉴스를 통해 이용한다”는 1.89점, “인터넷 포털에서 특정 언론사의 뉴스를 찾아서 이용한다”는 2.06점으로 낮은 점수를 받았다.⁵²⁾

50) 한국언론진흥재단, 2019 언론수용자 조사, 2019. 12., 15면.

51) 위와 같다.

52) 한국언론진흥재단, 위의 책, 14면.

우리나라 시민들이 뉴스 수용에 있어서 포털에 의존하는 비율은 다른 나라와 비교했을 때 상당히 높다는 것을 알 수 있다. 한국언론진흥재단이 영국 옥스퍼드 대학교 부설 로이터저널리즘연구소가 발간한 「Digital News Report 2018」에 공동 연구로 참여하였는데, 위 연구에서도 우리나라 응답자의 77%는 인터넷 뉴스 이용의 주요 경로가 ‘검색 및 뉴스수집서비스’라고 답하였는바 이는 37개국⁵³⁾ 중 가장 높은 수치이다.⁵⁴⁾ 위 ‘검색 및 뉴스수집서비스’는 뉴스 기사 키워드를 포털 검색에 넣거나 포털 뉴스서비스와 같이 여러 뉴스를 종합해 서비스하는 플랫폼을 이용하는 비율이 높다는 의미이다. 반면 위 연구에서 언론사 홈페이지를 통하여 뉴스를 이용했다는 응답 비율은 우리나라의 경우 5%에 불과했던 반면, 핀란드(65%), 노르웨이(62%), 덴마크(52%), 스웨덴(52%) 등 북유럽 국가들의 응답 비율이 높게 나타났다.⁵⁵⁾

또한 위 “2019 언론 수용자 조사”에 따를 때 유튜브와 같은 온라인 동영상 플랫폼을 통한 뉴스 이용률도 2018년 6.7%에서 2019년 12%로 상승하였음을 알 수 있는데⁵⁶⁾, 1년 사이에 두 배 가까이 상승한 점에 미루어 볼 때 온라인 동영상 플랫폼도 뉴스 미디어로 자리매김해가고 있다고 볼 수 있다. 온라인 동영상의 이용편의성과 흥미성, 문자보다 동영상의 이해가 용이하다는 점 등을 고려할 때 향후 위 이용률은 더 높아질 것으로 예상된다.

위와 같은 조사를 볼 때 현재 우리나라 사람들이 뉴스를 접하는 주된 경로는 인터넷 포털 서비스와 텔레비전이지만, 시간이 지날수록 전자의 비율이 높아질 것이고 온라인 동영상 플랫폼을 통한 뉴스 이용률도 더 확대될 것으로 예측된다. 포털 서비스를 이용하여 뉴스를 수용할 경우 이용자들은 전체적인 뉴스 내용을 파악하기보다 궁금한 사안에 대해 선별하여 보게 될 것이므로, 뉴스 이용자의 눈길을 사로잡기 위한 뉴스 공급자들의 노력이 치열해질 것으로 예상되고 허위조작정보 공급

53) 37개국에는 아시아태평양 7개국(한국, 대만, 말레이시아, 싱가포르, 일본, 호주, 홍콩), 유럽 24개국(그리스, 네덜란드, 노르웨이, 덴마크, 독일, 루마니아, 벨기에, 불가리아, 스웨덴, 스위스, 스페인, 슬로바키아, 아일랜드, 영국, 오스트리아, 이탈리아, 체코, 크로아티아, 터키, 포르투갈, 폴란드, 프랑스, 핀란드, 헝가리), 아메리카 6개국(멕시코, 미국, 브라질, 아르헨티나, 칠레, 캐나다)이 있다[한국언론진흥재단, “2018년 한국 디지털 뉴스 지형을 읽는 7개 지표”, Media Issue 제4권 제6호, 2018. 6., 4면, https://www.kpf.or.kr/front/research/issueDetail.do?miv_pageNo=3&miv_pageSize=&total_cnt=&LISTOP=&mode=W&seq=574623&link_g_topmenu_id=676f2f0f377b4b19840685a46f69a233&link_g_submenu_id=7022641eca65409fbe57c822e6f20026&link_g_homepage=F®_stadt=®_enddt=&searchkey=all1&searchtxt=].

54) 위와 같다.

55) 위와 같다.

56) 한국언론진흥재단, 앞의 글, 11면.

에 대한 유혹이 커지게 될 것이라는 점을 쉽게 짐작할 수 있다. 또한 유튜브는 이용자들이 오랜 시간 체류하도록 유도하기 위해 알고리즘을 통하여, 이용자들이 불가능성이 큰 동영상을 추천하고 이용자들이 OTT(over-the-top) 플랫폼을 지속해서 사용하도록 하고 있다.⁵⁷⁾ 그 결과 이용자들은 유튜브가 제공하는 알고리즘을 통하여 비슷한 논조나 주장을 펼치는 콘텐츠를 반복하여 접할 수 있게 되고 그와 상반되는 내용을 접할 기회는 점점 줄어들게 된다.

나. 뉴스 제작 방식의 변화

사람들의 뉴스 수용 통로가 다양해진 것 뿐 아니라 뉴스 제작 방법도 예전과 비교할 수 없이 자유롭고 다양해졌다. 개인이 뉴스를 제작하여 보도하고 유포하는 것이 얼마든지 가능해져 사실상 누구든지 자신의 관점대로 취재하고 편집하여 보도할 수 있게 되었다. 헌법재판소에서는 인터넷신문 또는 인터넷뉴스서비스를 전자적으로 발행하려는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 명칭, 발행목적 등을 등록하고, 취재 인력 3명 이상을 포함하여 취재 및 편집 인력 5명 이상을 상시적으로 고용해야 할 의무를 부과하고 있던 신문 등의 진흥에 관한 법률 시행령(2015. 11. 11. 대통령령 제266626호로 개정된 것) 제2조 제1항 제1호의 가목, 제4조 제2항 제3호 다목과 라목 등이 과잉금지원칙을 위반하여 언론의 자유를 침해한다고 보아 위헌결정한 바 있다(헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2015헌마1206 등 전원재판부 결정 참조)⁵⁸⁾.

1인 미디어가 가능해졌다는 것은, 자신의 신념이나 생각을 자유롭게 표현하고 다른 사람들에게 널리 전달할 수 있게 되었다는 점에서 표현의 자유가 광범위하게 확장되는 시대가 열린 것이라고 평가할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 취재원이 제공한 뉴스가 맞는지에 관하여 그와 반대되는 자료를 조사하고 확인하는 등 기사를 검증하여 오류를 차단하는 편집과 검토 과정을 거칠 필요가 없기에 사실관계를 자신의 구독자들의 성향에 맞추어 각색하여 제공할 위험이 커진 것 또한 사실이다.

57) 김인식·김자미, “유튜브 알고리즘과 확장편향”, 한국컴퓨터교육학회 2021년도 동계 학술발표논문집 제25권 제1호(A), 한국컴퓨터교육학회, 2021. 1., 71 내지 72면.

58) 당시 헌법재판소는 인터넷신문사가 수익을 광고에 절대적으로 의존하여 사실상 같은 내용의 기사를 제목이나 내용을 조금 바꿔 반복 전송하거나 선정적이고 자극적인 기사 제목 등을 집중 생산하는 등의 폐해가 있다는 지적에 대하여 이는 인터넷신문의 취재 및 편집 인력이 부족하여 발생하는 문제가 아니라 주요 포털사이트의 검색에 의존하는 인터넷신문의 유통구조로 인한 것이므로 포털사이트에 의존하지 않고 독자적으로 유통될 수 있는 방안을 마련하는 것이 이런 문제를 해결하기 위한 더 근본적인 방법이라고 판시하였다.

인터넷을 이용하는 미디어 업체는 선정적인 제목과 함께 위와 같이 구독자들의 취향에 맞는 정보를 제공하여 조회 수를 올리고 광고를 수주하여야 이익을 올릴 수 있고 나아가 생존할 수 있기 때문에 사실관계를 왜곡하여서라도 조회 수를 올리고자 하는 유혹이 크게 다가올 수밖에 없다.

실례로 CNN은 2016년 미국 대선이 끝난 후 마케도니아의 벨레스를 방문하여 벨레스에서 트럼프를 지지하는 정치 뉴스들이 쏟아져 나온 배경을 조사하는 보도를 하였는데, 그 보도에서 벨레스의 가짜뉴스 생산자들은 미국 내 뉴스 사이트에서 과장된 억측과 가십성 기사들을 모아 재편집하고 자극적인 제목을 붙이는 식으로 15분 만에 가짜뉴스를 만들고 이렇게 만들어진 가짜뉴스 웹사이트를 운영하면 하루에 2,000달러도 벌 수 있었다고 밝혔다.⁵⁹⁾ 이는 허위조작정보로 들이는 노력에 비해 경우에 따라 상당한 이익을 얻을 수 있음을 보여주고, 앞으로도 많은 이들이 허위조작정보 제작에 뛰어들 수 있음을 시사한다.

다. 뉴스 유포 방식의 변화

뉴스의 내용 뿐 아니라 뉴스가 유포되는 방식도 크게 달라졌다. 현재 사람들은 소셜미디어를 통해 주변 사람들에게 뉴스를 쉽게 전달할 수 있다. 2020년 온라인으로 진행된 “허위정보에 대한 수용자 조사 결과”에 따르면 응답자 중 온라인에서 “가짜뉴스”라고 인식한 정보를 전달받은 경험이 있다는 사람이 41%에 이르렀고 해당 정보를 다른 사람에게 전달한 경험이 있다는 응답은 11%에 이르렀다.⁶⁰⁾ 흥미로운 것은 다른 사람에게 “가짜뉴스”라고 인식된 정보를 전달할 때 “진실이라고 확신하였는가”라는 질문에 “다소 그렇다”와 “매우 그렇다”라고 답한 비율이 전달 경험자의 절반을 약간 웃도는 수준(54.9%)에 머물렀다는 것이다.⁶¹⁾ 위 조사에서 뉴스 이용자들이 정보를 전달하게 된 동기에 관하여 조사한 결과 정확할 것 같거나 진실한 정보일 것이라고 판단했기 때문이라는 응답은 2.55점에 머문 반면 ‘지인에게 해당 내용을 알리려고’(3.44점), ‘정보가 유익할 것 같아서’(3.27점), ‘흥미로운 정보여서’(3.27점), ‘주목을 끌기 위해’(3.10점)가 높은 점수를 차지했다.⁶²⁾ 이를 종합하여 보면 사람들은 자신이 접하게 된 정보가 허위 내용이거나 허위일 수 있다는 것을

59) 최은창, 가짜뉴스의 고고학, 동아시아, 2020, 169면.

60) 박아란·이나연·오현경, 앞의 책, 81면.

61) 박아란·이나연·오현경, 위의 책, 83면.

62) 박아란·이나연·오현경, 위의 책, 84면.

어느 정도 인식하면서도 그 내용이 흥미롭고 다른 사람들에게도 알려주고 싶다면 이를 전달하는 경향이 있다는 것을 알 수 있다.

허위조작정보는 사람들의 개인적인 정보 전달을 통하여서만이 아니라 조직적인 개입으로 유포될 수도 있다. 사실 허위조작정보로 인한 피해로 지적되는 민주적 의사결정 저해, 경제적 손실 등은 이와 같은 광범위한 조직적 유포에서 비롯하는 경우가 많다. 봇(bot), 허위 계정, 이메일 해킹 등을 이용한 소셜미디어 정보 조작 사례가 보도되고 있다. 봇이란 컴퓨터 환경 안에서 특정한 과업을 자동적으로 수행하도록 설계된 소프트웨어를 의미하는데⁶³⁾, 봇을 이용하여 사람인 것처럼 메시지를 쓰거나 보내도록 할 수 있고 특정한 의견이나 안전에 대해 화제를 불러일으키게 할 수 있다.⁶⁴⁾ 연구자들은 2016년 미국 대선은 선거 기간 정치적 봇의 활용 빈도와 규모가 사상 최고치에 달했다고 분석하였다. 자동화된 봇들이 인간 이용자들이 의해 성공적으로 리트윗됨으로써 트럼프 관련 해시태그가 상승하도록 영향을 미쳤다는 것이다.⁶⁵⁾ 또한 소셜미디어에 가짜 계정을 만들어 페이스북에 다중 계정으로 로그인하여 ‘좋아요’를 누르거나 댓글을 남기고, 서로 링크를 걸어주고 글을 퍼가거나 트위터에 팔로워 수를 늘리는 등의 방법으로 순식간에 어떤 정보나 의견을 다수의 군중이 관심을 가지고 동의하는 정보처럼 보이게 만들 수 있다.⁶⁶⁾

이처럼 소셜미디어를 통한 개인적인 정보 전달, 조직화된 유포 등을 통하여 허위 조작정보가 대량으로 전파될 수 있는 기술적 배경이 형성되어 있다.

2. 생성과 확산의 사회적 배경

가. 확장편향

허위조작정보의 수용, 생성, 유포의 기술적 배경은 진입장벽이 낮고 수천만 명이 동시에 발언할 수 있는 인터넷이라는 매체, 인터넷에 대한 접근성을 극도로 확대시키는 스마트폰의 발전과 보급이라는 변화 뿐 아니라 사람들이 자신이 원하는 내용만 찾아보게 되는 사람들의 속성과 결합되어 있기도 하다. 사람들에게는 자신이 원

63) 유용민·김성해, “컴퓨터이셔널 프로파간다에 대한 탐색적 시론: 정치적 봇과 그 사회정치적 의미를 중심으로”, 한국언론정보학보 통권 제103호, 한국언론정보학회, 2020, 113면.

64) “What are ‘bots’ and how can they spread fake news?”, BBC, 2022. 4. 5., <http://bbc.co.uk/bitesize/articles/zjhg47h>, 최종확인: 2022. 2. 3.

65) 유용민·김성해, 앞의 글, 123면.

66) 최은창, 앞의 책, 161 내지 164면.

하는 결론을 미리 정하고 그것을 유지하고 싶은 욕구가 있고 때로는 정확한 정보를 파악하려 애쓰기보다 평소 가지고 있던 가치관에 부합하는 내용의 정보를 제공해주는 채널을 통해 뉴스를 접함으로써 자신의 기존 신념을 유지하려 한다. 정확한 정보를 얻으려면 자신의 신념이나 생각과는 배치되는 정보 또한 많이 수집하고 이를 주의 깊게 검토해야 할 것인데, 그 과정에서 심한 내적 저항을 겪게 될 수 있기 때문이다. 이와 같이 자신이 노출된 정보가 잘못된 정보라 하더라도 잘못된 믿음을 가지고 한번 고착화되면 잘 바뀌지 않고, 계속해서 자신의 신념에 일치하는 정보만을 탐색하고 확인하고자 하는 경향을 확증편향(confirmation bias)이라고 한다.

확증편향과 관련된 실험들이 있다. 염정운·정세훈은 “가짜뉴스에 대한 인식과 팩트체크 효과 연구”에서 어떤 정책과 관련하여 정책의 취지와 의미를 왜곡하고 이를 정당화하기 위해 가짜 근거를 사용하는 가상의 가짜뉴스를 온라인 뉴스 형식으로 제작한 가짜뉴스 실험물을 실험참가자들에게 제공하고 가짜뉴스와 기존 신념과의 일치 여부가 가짜뉴스에 대한 평가에 영향을 미치는지를 확인하는 조사를 하였다. 그 결과 자신의 기존 신념과 불일치하는 가짜뉴스를 접한 응답자는 일치하는 가짜뉴스를 접한 응답자에 비해 가짜뉴스라는 인식이 증가하였다.⁶⁷⁾ 이는 바꾸어 말하면 자신의 기존 신념과 일치하는 가짜뉴스를 접할 경우 그것이 허위일 수 있다는 의심을 덜하게 된다는 것으로도 볼 수 있다.

위 로이터저널리즘연구소가 수행하고 한국언론진흥재단이 공동연구로 참여한 「Digital News Report 2020」에서도 확증편향을 시사하는 내용을 찾아볼 수 있다.⁶⁸⁾ 위 조사에 따르면, 우리나라의 응답자 중 44%는 ‘나와 같은 관점을 공유하는 언론사의 뉴스’와 ‘특별한 관점이 없는 언론사의 뉴스’, 나와 반대되는 관점의 언론사의 뉴스 중 ‘나와 같은 관점의 뉴스’를 선호한다고 답하였다.⁶⁹⁾ 이는 40개국 평균 28%보다 응답률이 16% 높은 것이고, 40개국 중 터키(55%), 멕시코(48%), 필리핀(46%)에 이어 네 번째로 높은 수준이다.⁷⁰⁾ ‘나와 반대되는 관점의 뉴스’를 선호한다고 응답한 사람의 비율도 한국은 4%로 체코(3%), 헝가리(3%), 대만(3%),

67) 염정운·정세훈, “가짜뉴스에 대한 인식과 팩트체크 효과 연구”, 한국언론학보 제62권 제2호, 한국언론학회, 2018. 4., 60면.

68) 한국언론진흥재단, “편향적 뉴스 이용과 언론 신뢰 하락-Digital News Report 2020 주요 결과”, Media Issue 제6권 제3호, 2020. 6., 1 내지 2면, https://www.kpf.or.kr/front/research/issueDetail.do?miv_pageNo=2&miv_pageSize=&total_cnt=&LISTOP=&mode=W&seq=590917&link_g_topmenu_id=&link_g_submenu_id=&link_g_homepage=F®_stadt=®_enddt=&searchkey=all1&searchtxt=.

69) 위와 같다.

70) 위와 같다.

폴란드(3%)에 이어 낮은 수준이었다.⁷¹⁾ 위 조사 결과에 따르면 우리나라 사람들은 주로 자신과 같은 관점을 공유하는 언론사의 뉴스를 찾아보게 될 것이고 포털이나 유튜브를 통한 뉴스의 선별수용이 용이해짐에 따라 그와 같은 경향은 더 심해질 것으로 예상할 수 있다.

나. 사회적 동조

허위조작정보의 생성 및 전파에 영향을 미치는 사회적 배경 중 다른 하나로 “사회적 동조”(social conformity)를 들 수 있다. 사회적 동조는 타인의 의견이나 행동에 따라 개인의 의견이나 행동을 형성 또는 변화시키는 것을 의미한다. 사람들은 다수 의견과 자신의 의견이 불일치할 때 자신의 신념을 바꾸기보다 다수에 순응하는 경향을 보인다. ‘사실 여부가 검증되지 않은 정보’라는 의미에서의 ‘루머’에 대한 신뢰와 사회적 동조와의 관련성에 대한 실험결과 사회적 동조와 관련된 메시지에 노출된 피험자들의 루머 메시지에 대한 신뢰 정도는 사회적 동조 관련 메시지에 노출되지 않은 피험자들에 비해 높게 나타났다.⁷²⁾ 위 연구에 따르면 사회적 동조가 있는 조건에서는 개인의 정보처리 성향에 따른 차이가 없이 루머 메시지에 대한 신뢰 정도가 모두 높게 나타났지만 사회적 동조가 없는 조건에서는 정보처리 성향에 따라 루머 메시지에 대한 신뢰 정도에 차이가 나타나 루머를 믿게 하는 것은 결국 사회적 동조의 힘이 크다는 것을 보여주었다.⁷³⁾ 이는 사람들이 허위조작정보에 접하였을 때 이를 믿지 않다가도 조회 수나 공감 수, 추천 수 등이 높을 경우 그 영향을 받아 그것이 사실일 수 있다고 생각하게 되거나 적어도 그것이 허위라는 주장을 직접적으로 하지 못하게 될 수 있다는 것을 시사한다. 우리나라와 같이 집단주의 성향이 강하게 나타나는 나라에서는, 사실인지 여부가 불확실한 정보를 신뢰할지 결정하는 데 있어 사회적 동조가 상당한 영향을 미칠 수 있다.

3. 규제 필요성의 제기

위와 같은 허위조작정보의 생성과 유포의 배경을 보면, 기술이 변화하고 발전함

71) 위와 같다.

72) 안지수·이원지, “사회적 동조와 개인의 정보처리 성향이 루머 메시지의 신뢰에 미치는 영향”, 언론과 학연구 11권 4호, 한국지역언론학회, 2011. 12., 309면.

73) 안지수·이원지, 위의 글, 313면.

에 따라 허위조작정보의 생성과 유포도 더 정교한 방식으로, 더 광범위하게 이루어질 수 있고, 수용층이라 할 수 있는 사람들의 심리적 기제로 인하여 이는 더 확대될 수 있음 또한 알 수 있다. 이와 같은 상황은 사상의 자유시장 이론이 출발하였을 때의 출판물 위주 미디어 생태계와는 전혀 다른 모습으로서 표현의 자유에 대한 규제에 관하여 새롭게 접근할 필요가 있음을 시사한다. 허위조작정보의 공적 규제에 대하여 반대하는 견해도 허위조작정보가 광범위하게 유포되는 상황 자체에 대하여는 우려하고 있고 이를 자율적으로 규제할 수 있는 방안을 모색하고 있는 경우가 많다. 외국에서도 허위조작정보가 국가의 정치적 의사결정에 영향을 끼치게 되는 것을 우려하여 여러 대응방안을 강구하고 있다.

미국에서는 2016년 대통령 선거 당시 트럼프 대통령이 프란치스코 교황으로부터 공식 지지성명을 받았다, ISIS는 미국 무슬림들이 힐러리 클린턴에게 투표하라고 요구했다는 등의 허위조작정보가 적극적으로 유포되었고, 이와 같은 유포에 러시아와 같은 외국 세력이 개입되어 있다는 주장이 있었다. 이에 관하여 미국 상원 정보위원회가 뉴 날리지(New Knowledge)에 조사를 의뢰하였고, 위 기관에서는 위 대선기간 동안 러시아의 기관 IRA(Internet Research Agency)부터 각종 정보가 유포되었음을 확인하고, 그 중에는 허위이거나 혐오표현에 해당하지 않는 것도 있었지만 적어도 러시아 정부에 전략적으로 이익이 되는 관점에서 극단화, 분열화를 의도한 정보임은 분명하다는 내용의 보고서를 제출하였다.⁷⁴⁾ 2017년 프랑스 대선에서도 러시아의 웹사이트인 RT(Russia Today) 등은 대통령 선거는 물론 유럽난민 사태 등 여러 사항에서 프랑스 사회에 갈등과 혼란을 주는 각종 허위조작정보 등을 유포하였다.⁷⁵⁾ 위와 같이 한 국가의 민주적 의사결정에 다른 나라 세력이 허위조작정보 등을 통하여 의도적으로 영향을 미치려고 한다는 점에서 허위조작정보는 민주주의에 대한 심각한 위협으로 받아들여지고 있다.

민주적 의사결정에 영향을 미치는 경우 외에도 특히 코로나19와 관련하여 수많은 허위조작정보가 유포되는 것을 경험한 바 있다. 우리나라에서도 코로나19는 눈을 바라만 봐도 감염이 되고 소금·양파·마늘 등으로 예방할 수 있다, 아스트라제네카 백신은 중국산이다, 5G 네트워크가 코로나19를 전파한다는 등의 허위조작정보가

74) Rene DiResta, Dr. Kris Shaffer etc., "The Tactics & Troptes of the Internet Research Agency", New Knowledge, 2018, 99면, <http://int.nyt.com/data/documenthelper/533-read-report-internet-research-agency/7871ea6d5b7bedafbf19/optimized/full.pdf>

75) 전훈·최우정·김재선, 허위정보 유통과 민주주의, 글로벌법제전략 연구 19-17-5, 한국법제연구원, 2019, 54면.

유포된 바 있었고, 그와 같은 허위조작정보가 언론보도의 형태로 유포되는 경우도 20%를 차지했다는 조사가 있다.⁷⁶⁾ 위와 같이 전염병에 대하여 그 위험성의 정도나 감염경로, 치료법 등이 아직 알려져 있지 않고 시민들의 막연한 공포심이 높아져 있는 상황에서는 허위조작정보가 경우에 따라 상당히 위해를 끼칠 수 있는 가능성이 충분히 존재한다.

한편 독일에서는 아래에서 소개할 사회관계망에서의 법집행 개선을 위한 법률(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, 이하 ‘사회관계망법집행법’이라 한다. 다만 문단 제목에서는 약칭하지 않는다)을 시행하고 있고 그에 따라 구글에서는 위 법에 따라 유튜브에 업로드된 ‘종교 및 보호 대상 계층에 대한 언어적 공격 및 모욕이 담긴 동영상’ 등을 삭제하였다.⁷⁷⁾ 이는 허위조작정보에 해당한다기보다는 혐오표현이나 모욕에 해당하는 표현물이었을 것으로 여겨지기는 하나, 민족이나 종교 등에 대한 갈등을 부추기기 위해 허위조작정보가 이용될 가능성은 높다. 실제로 일본의 혐한 사이트 내용을 한국어로 번역한 ‘한국신문’에서는 한국의 최대 좌파 단체가 트럼프 퇴진 요구 시위를 하다가 미국 영사관 직원으로 보이는 사람들을 살해했다는 허위 보도를 하기도 하였다.⁷⁸⁾ 위와 같이 조직적이고 의도적으로 특정 그룹에 대한 적대감을 부추기는 허위조작정보의 경우 테러로 이어질 위험성 때문에 규제할 필요성이 있다. 다만 이러한 경우에는 실제 테러나 폭력행위와의 관련성, 인과관계 등이 인정되는 경우여야 할 것이다.

위와 같이 국내외에서 허위조작정보로 인하여 과거에는 예기치 못하였던 여러 문제가 발생하는 상황에서 해외에서는 이에 어떻게 대응하고 있는지와 현재 우리나라에서는 현행법으로 어느 범위까지 규제할 수 있는지 등에 관하여 살펴보기로 한다.

76) 정영주·홍종윤·박유진, “사회적 법익을 침해하는 허위조작정보 대응을 위한 시론적 논의-코로나19 관련 허위조작정보를 중심으로-”, 언론과 법 제20권 제1호, 한국언론법학회, 2021. 4., 92, 95면.

77) 전훈·최우정·김재선, 앞의 책, 62면.

78) 오세욱·정세훈·박아란, 앞의 책, 34 내지 35면.

제 4 장 허위조작정보 등에 대한 해외 대응과 국내 규제 체계

제 1 절 허위조작정보 등에 대한 해외 대응

1. 독일의 대응

가. 사회관계망에서의 법집행 개선을 위한 법률

독일은 사회관계망법집행법을 2017. 9. 1. 제정하였다.⁷⁹⁾

위 법 제1조에서 사회관계망을 영리 목적으로 운영하는 텔레미디어 서비스 제공 사업자에게 적용됨을 규정하고 있는바, 포털 서비스 제공자나 특정 콘텐츠 유포를 위하여 만든 플랫폼 등에 대하여는 적용되지 않는다. 위 법에서는 규제대상이 되는 위법한 콘텐츠를 ‘형법에 열거된 조항의 구성요건에 해당하고 정당화되지 않는 것’을 의미한다고 하고 있다. 열거된 형법 조항은 제86조(위헌조직 선전물 반포), 제86조a(위헌조직 표시 사용), 제89조a(국가를 위태롭게 하는 중대한 폭력행사의 예비), 제100조a(간첩 목적 위조), 제111조(공연한 범죄 선동), 제126조(범죄 위협을 통한 공공의 평온 교란), 제129조 내지 제129조b(국내외에서의 범죄단체·테러단체 조직), 제130조(국민선동), 제131조(폭력물 반포), 제140조(범죄의 대가지급 및 찬양), 제166조(신앙·종교단체·세계관단체 모욕), 제184조d(라디오와 텔레미디어를 통한 음란물의 반포, 텔레미디어를 통한 아동 및 청소년 음란물의 취득)와 관련한 제184조b(아동음란물의 반포, 취득 및 소지), 제185조 내지 제187조(모욕·비방·중상), 제201조a(사진촬영을 통한 고도의 인격적 사생활 영역의 침해), 제241조(협박) 또는 제269조(중요한 증거가 되는 자료의 위조)가 있다.⁸⁰⁾

위 법 제2조에서는 사회관계망 서비스 제공자에게 위법한 콘텐츠에 대해 제기된 항의를 처리하고, 그 처리 내용에 관한 보고서를 반년마다 작성하여 이를 홈페이지

79) Gerhard Dannemann, “Network Enforcement Act(Netzdurchsetzungsgesetz, NetzDG)”, <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>, 최종확인: 2022. 5. 8.

80) Gerhard Dannemann, “Criminal Code(Strafgesetzbuch, StGB)”, <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752>, 최종확인: 2022. 5. 8.

에 공개하도록 되어 있다.⁸¹⁾

위 법 제3조에서는 사회관계망 서비스 제공자는 항의를 처리하는 절차를 마련하고 이를 이용자에게 쉽게 알 수 있게 공개해야 한다고 되어 있고, 항의가 제기되면 이를 지체없이 심사하여 명백하게 위법한 콘텐츠라고 판단되면 항의가 제기된 후 24시간 내에 삭제하거나 접근을 차단하여야 하고, 위법하다고 판단되면 항의 제기 후 7일 이내에 삭제하거나 접근을 차단해야 한다고 되어 있다. 다만 콘텐츠 위법성에 관한 판단을 자율규제기관에 위임하고 그 결정에 따를 수 있도록 되어 있다. 위 자율규제기관은 다수의 사회관계망 서비스 제공자들 또는 기관에 의하여 운영되는 기관으로 심사자의 독립성과 전문성이 보장되고 절차규정이 정비되어야 한다는 등의 요건이 정해져 있으며 자율규제기관으로 인정될 수 있을지는 행정청이 결정한다.⁸²⁾

위 법 제4조에서는 고의 또는 과실로 위에 규정된 보고서를 작성하지 않거나 항의처리 절차를 제공하지 않거나 국내 송달대리인 등을 임명하지 않을 경우 질서위반으로 경우에 따라 질서위반금이 부과될 수 있음을 규정하고 있다.⁸³⁾

나. 의의

사회관계망법집행법은 주로 사회관계망 서비스(sns) 제공자에게 적용되는 법률로 페이스북, 유튜브 등 개별 사회관계망 서비스 기업에서는 위 법에 따라 정기적으로 항의가 제기된 콘텐츠의 처리 등에 관하여 투명성보고서를 작성하여 홈페이지에 게시하고 있다. 페이스북의 경우 페이스북 홈페이지의 고객센터(Help Center)에 네트워크법집행법에 관하여 게시하고 있고, 신고할 수 있는 콘텐츠와 신고절차에 관한 안내, 투명성보고서 등을 게재하고 있다.⁸⁴⁾ 위 투명성보고서에는 해당 기간 동안 위 법에서 위법한 콘텐츠로 열거하고 있는 형법 조항별 신고 횟수, 신고 접수 후 삭제 및 차단된 회수와 그에 소요된 시간 등에 대하여 기재되어 있다.⁸⁵⁾ 유튜브 역시 ‘구글투명성보고서’란 사이트에서 위 법에 대한 안내, 범죄 유형별 신고 횟수, 삭제 수 등에 관하여 게시하고 있다.⁸⁶⁾

81) Gerhard Dannemann, 앞의 웹페이지, 최종확인: 2022. 5. 8.

82) Gerhard Dannemann, 위의 웹페이지, 최종확인: 2022. 5. 8.

83) Gerhard Dannemann, 위의 웹페이지, 최종확인: 2022. 5. 8.

84) Meta Platforms, Inc., “Facebook Help Center”, http://facebook.com/help/285230728652028?cms_id=285230728652028&maybe_redirect_pol=true, 최종확인: 2022. 5. 8.

85) Meta Platforms Inc., “NetzDG Transparency Report”, http://facebook.com/help/285230728652028?cms_id=285230728652028&maybe_redirect_pol=true, 최종확인: 2022. 5. 8.

위 법에서 열거된 범죄 유형에는 허위조작정보가 정면으로 규정되어 있지는 않고 있고, 다만 공연한 범죄 선동, 국민 선동 등과 관련하여 간접적으로 규제될 여지를 마련하고 있다.

위 법은 규제 대상이 되는 정보를 열거적으로 규정하고 있다는 점에서 아래에서 보게 될 우리나라의 정보통신망법의 불법정보 규제와도 유사한 면이 있으나 정보통신망법은 방송통신위원회(이하 ‘방통위’라 한다)가 방송통신심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)의 심의 등을 거쳐 사업자에게 정보 처리 거부 등을 명하는 구조인 반면, 위 법은 사업자가 이용자의 신고에 따라 사업자 자체적으로 또는 자율규제기관의 판단에 위임하여 삭제·차단 등의 처리를 하고 행정청은 그와 같은 처리를 제대로 하고 있는지 감독하는 구조라는 점에서 중요한 차이가 있다.

다. 비판과 검토

위 법에 대하여는 표현의 자유를 침해할 위험성이 높다는 비판이 많이 제기된다. 구체적으로는 사람들이 위 법을 의식하여 인터넷에 콘텐츠를 올릴 때 스스로 검열하게 되고 사업자는 이를 다시 검열하게 되므로 이중검열로 인하여 자유로운 소통과 토론의 가능성이 크게 위축될 것이라고 우려한다.⁸⁷⁾ 사인에 불과한 사업자에게 단기간에 1차적으로 위법성을 판단하도록 하여 기업에 과도한 의무를 부과하고 있다는 점 또한 비판의 논거가 된다.⁸⁸⁾

위 법은 직접적으로 허위조작정보에 대한 규제 법률이라고 볼 수 없으나 표현 내용에 근거하여 이를 규제하는 법률에 해당한다고는 볼 수 있다. 다만 이는 이미 독일 형법에 이미 존재하고 있는 구성요건에 해당하는 표현을 규제하는 것이어서 규제가 정당화되는 면이 있고, 사람들이 신고한 콘텐츠에 대하여 사회관계망 서비스 제공자 등이 자체적인 또는 위임된 자율규제기관의 판단에 따라 삭제 또는 차단하게 되는 것으로, 사회관계망 서비스 제공자 등이 주체적으로 규제하는 형식으로 되어 있어 정부기관의 자의적이고 정치적 규제와 거리를 두도록 되어 있기도 하다. 또한 국내 뿐 아니라 국외 사회관계망 서비스 제공자들에게도 위 법이 적용되도록

86) Google LLC, “Removals under the Network Enforcement Law”, <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>, 최종확인: 2022. 5. 8.

87) 안수길, “가짜뉴스에 맞서는 독일 ‘사회관계망법집행법’의 내용과 쟁점”, 법학논총 제36권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2019. 3., 137면.

88) 안수길, 위의 글, 135면; 이권일, “소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fakenews) 규제에 관한 헌법적 고찰-독일의 소셜네트워크법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로”, 공법학연구 제20권 제1호, 한국비교공법학회, 2019. 2., 96면.

되어 있어, 실제로 페이스북과 유튜브 등에서 위 법에 따른 조치를 취하고 이에 관하여 투명성보고서 형식으로 작성하여 홈페이지에 공개하고 있다는 점에서 의의가 있다.

2. 프랑스의 대응

가. 정보조작에 대처하는 것에 관한 법률

프랑스는 2018. 11. 20. 정보조작에 대처하는 것에 관한 법률(Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, 이하 '정보조작대처법'이라 한다)을 제정하였다. 위 법 제1조에서는 선거법(code électoral, 이하 '프랑스 선거법'이라고 한다)과 관련하여 세 개의 규정을 두고 있다. 그 중 제L.163-1조⁸⁹⁾는 총선거가 있는 달의 첫째 날 이전부터 총선거의 투표일까지 3개월 동안 온라인 서비스 제공자⁹⁰⁾에 대하여 일부 정보의 공개 의무를 규정하고 있다. 제L.163-2조⁹¹⁾는 “ I. 총선거가 있는 달의 첫째 날 이전부터 총선거의 투표일까지 3개월 동안 도래할 선거의 진실성을 변질시킬 수 있는 어떤 사실에 대한 부정확하거나 거짓의 주장 또는 비난이 온라인 서비스 제공자에 의해 고의로, 작위적으로 또는 자동화 및 대량으로 유포되는 경우, 가처분 판사는 검사, 모든 후보자, 모든 정당 또는 정치단체 또는 소송의 이익이 있는 모든 사람의 청구에 따라, 받은 손해에 대한 배상과 관계없이, 디지털 경제에서의 신뢰를 위한 2004년 6월 21일의 법률(n°2004-575) 제6조 I 의 2 또는, 그 외에는, 동조 I 의 1에서 규정한 일체의 사람에 대해 이와 같은 유포를 중단시키기 위한 비례적이고, 필요한 일체의 조치를 명할 수 있다. II. 가처분 판사는 제소 후 48시간 내에 선고한다. 항소가 있는 경우, 항소법원은 제소 후 48시간 내에 선고한다. III. 본조에 근거한 소송은 데크레가 정하는 지방법원 및 항소법원의 전속관할에 속한다”고 되어 있다.⁹²⁾

89) 프랑스 선거법 제L.163-1조.

90) 여기서 온라인 서비스 제공자는 프랑스 소비법전 제L.111-7조의 유상 또는 무상으로 직업으로서 정보 알고리즘을 이용하여 제3자가 제안하거나 온라인에 게시한 내용(콘텐츠), 재화 또는 용역에 대한 분류 또는 인용, 또는 재화의 판매, 용역의 제공 또는 내용(콘텐츠), 재화 또는 용역의 교환 또는 공유를 목적으로 여러 당사자와 관계를 맺는 것에 기반한 온라인 공공통신서비스를 제안하는 일체의 자연인 또는 법인을 말한다[출처: 헌법재판소 헌법재판연구원, “프랑스 정보조작대처법률이 헌법에 합치하는지 여부”, 최신 세계헌법판례, <http://ri.court.go.kr/ckri/cr/world/selectTrendConstitutionCaseList.do>, 최종 확인: 2022. 5. 2.]

91) 프랑스 선거법 제L.163-2조.

92) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 글, 2면.

위 법 제6조에서는 통신의 자유에 관한 1986. 9. 30. 법률(la loi du 30 septembre 1986) (n°86-1067)에 제33-1-1조를 추가하여 다음과 같이 규정하고 있다. “대통령 선거, 하원총선거, 상원선거, 유럽의회선거 및 국민투표가 있는 달의 첫째 날 이전부터 총선거의 투표일까지 3개월 동안, 고등시청각위원회는 외국에 의해 상업법전 제L.233-3조의 의미로 외국에 의해 통제된 또는 외국의 영향 하에 있는 법인과 체결된 협약의 대상이 되는 서비스가 고의로 선거의 진실성을 변질시킬 수 있는 거짓정보를 유포하는 것을 확인하였을 때, 이와 같은 방해를 예방하거나 중단시키기 위해, 투표활동이 종료될 때까지 일체의 전자통신적 방법을 통해 이와 같은 서비스의 유포중단을 명할 수 있다. 고등시청각위원회는 이와 같은 사실이 본 조에 규정된 절차의 개입을 정당화한다고 판단할 때, 문제가 되는 사람에게 그 이유를 통지한다. 문제가 되는 사람은 이와 같은 통지 후 48시간 내에 자신의 의견을 제출할 수 있다. 본 항은 대중과 행정부간의 관계법전 제L.121-2조 1°과 2°에 규정된 경우에는 적용되지 않는다. 본 항에 규정된 절차에 따라 내려진 고등시청각위원회의 결정은 이유가 부가되며, 문제가 된 사람 및 프랑스에서 이와 같은 서비스의 유포를 보장하고 중단조치의 집행을 보장해야 하는 배포자 또는 위성사업자에게 통지된다”고 하고 있다.⁹³⁾

그 외에도 위 법 제11조에서는 프랑스 선거법 제L.163-1조에서 언급된 온라인 서비스 제공자에게 공적 질서를 혼란스럽게 할 수 있거나 선거의 진실함을 왜곡시킬 수 있는 거짓 정보의 배포를 막기 위한 조치를 취할 책임을 부과하고 있다.

나. 사전적 위헌법률심판 결정

프랑스의 일부 하원의원들과 상원의원들은 정보조작대처법이 공포되기 전에 프랑스 헌법 제61조 제1항에 근거하여 프랑스 헌법재판소에 위 법에 관하여 사전적 위헌법률심판을 청구하였고 위 헌법재판소에서 그에 관하여 2018. 12. 20. 결정⁹⁴⁾이 이루어졌다. 위 결정 중 몇 가지 사항에 관하여 살펴보기로 한다.

우선 정보조작대처법 제1조 중 가치분판사에게 거짓 정보 유포 중단 조치를 명할 수 있도록 한 프랑스 선거법 제L.163-2조에 관하여, 청구인들은 위 규정이 표현의 자유를 불필요하게 침해하고, 수단의 적합성과 관련하여서도 아직 도래하지 않은

93) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 13면.

94) Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018.

선거의 진실성을 변질시킬 위험에 근거하여 결정해야 하는 등의 문제가 있으며, 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려할 때 과도한 침해에 해당하고, 그와 같은 조치의 효과가 있을지 불확실하며 기준이 명확하지 않고 가처분 판사의 결정 기간이 과도하게 짧은 등의 문제가 있다고 주장하였다.

프랑스 헌법재판소는 이에 대하여, 표현의 자유의 중요성을 강조하면서도, 선거의 진실성이라는 헌법적 원칙과 표현의 자유 간의 조화를 시키는 것은 입법자의 권한이고, 입법자는 정보의 대량적 유포를 통해 시민들이 자신의 투표권을 행사하는 데 있어서 속거나 조작될 위험에 대처하고자 위와 같은 규정을 둔 것으로, 위 규정은 3개월의 선거 운동 기간 동안의 행위에 대하여만 적용되고 선거의 진실성을 변질시킬 수 있는 부정확하거나 거짓된 주장 또는 비난만 그 대상으로 삼고 있으며, 이와 같은 주장 또는 비난은 객관적으로 그 오류를 증명하는 것이 가능하여야 하고 그와 같은 주장 또는 비난이 작위적 또는 자동화되어, 대량으로 고의적으로 유포되는 것으로 한정되고 있다고 평가하였다.⁹⁵⁾ 따라서 문제되는 주장 또는 비난이 부정확하거나 거짓임이 명백한 경우, 그리고 선거의 진실성을 변질시킬 위험이 명백한 경우에 위 규정이 적용되는 것으로 한정적으로 해석하는 한, 위 규정은 표현의 자유 및 기타 어떤 다른 헌법적 가치를 침해하지 않았다고 보았다.⁹⁶⁾

위헌법률심판 청구인들은 또한 정보조작대처법 제6조에 선거 기간 동안 거짓 정보가 유포된 경우 고등시청각위원회에게 일부 라디오 또는 텔레비전 서비스의 유포를 중단할 권한을 부여한 것에 관하여, 고등시청각위원회의 유포중단권이 장시간 연장될 수 있고, “거짓 정보”(fausses informations)의 개념에는 확인될 수 없는 실수도 포함될 수 있어 표현 및 통신의 자유를 침해하며, 당사자의 방어권을 침해하였으며 절차적 보장이 규정되어 있지 않다는 등의 주장을 하였다.⁹⁷⁾

프랑스 헌법재판소는 이에 대하여 입법자는 외국에 의해 통제되거나 외국 영향력 하에 있는 라디오 및 텔레비전 서비스에서 거짓 정보가 유포됨으로써 투표권이 조작될 위험성에 대처하기 위하여 위와 같은 규정을 둔 것으로 고등시청각위원회의 중단권은 3개월로 한정되고, 라디오 및 텔레비전 서비스가 “선거의 진실성을 변질시킬 수 있는 거짓 정보를 고의적으로” 유포한 경우에만 행사될 수 있으며, 거짓 정보의 개념은 의견이나 부분적인 부정확한 정보를 의미하는 것이 아니라 객관적으

95) 헌법재판소 헌법재판연구원, 앞의 글, 4 내지 7면.

96) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 7면.

97) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 13 내지 14면.

로 오류를 증명하는 것이 가능한 것으로 선거의 진실성을 변질시킬 수 있는 주장 또는 비난만을 의미한다고 보았다.⁹⁸⁾ 또한 고등시청각위원회는 중단절차가 시작되는 경우 이를 당사자에게 이유를 기재하여 통지하여야 하고, 당사자는 중단결정을 행정법원에서 다툴 수 있어 절차적 보장도 되어 있다고 보았다.⁹⁹⁾ 따라서 이 부분 역시 프랑스 선거법 제L.163-2조에서 본 바와 마찬가지로 문제되는 주장 또는 비난이 부정확하거나 거짓임이 명백한 경우, 그리고 선거의 진실성을 변질시킬 위험이 명백한 경우에 위 규정이 적용되는 것으로 한정적으로 해석하는 한, 표현의 자유 및 기타 어떤 다른 헌법적 가치를 침해하지 않았다고 보았다.¹⁰⁰⁾

다. 검토

정보조작대처법은 2017년 대통령 선거기간 동안 대통령 후보였던 마크롱을 표적으로 하는 허위조작정보가 광범위하게 유포되고 일부 허위조작정보는 외국의 언론 매체에 의하여 생산되는 것을 경험한 끝에 제정된 것이라고 평가된다.¹⁰¹⁾

그런데 프랑스는 정보조작대처법 외에도 이미 선거법 제97조에서 가짜뉴스 등을 통해 선거를 방해하는 등의 경우 형사처벌을 받도록 하고 있고, 형법 제322-14조 제1항에서 “타인의 재산을 파괴하거나, 중대한 파손 또는 훼손하도록 믿게 할 목적으로 허위정보(une fausse information)를 알리거나 누설하거나 이를 하도록 하는 행위”를, 같은 조 제2항에서 “허위정보를 알리거나 누설로 인해 재난이 발생한 것으로 믿게 하거나 쓸데없는 구조조치가 발생할 수 있는 행위”를 처벌하는 규정을 두고 있다. 그와 같은 이유로 정보조작대처법에 대하여 프랑스 선거법에 이미 허위조작정보 유포와 관련한 규정이 있다는 점에서 다른 법률과의 차이를 명확히 하고 체계화할 필요가 있다는 등의 비판이 있다.¹⁰²⁾

또한 프랑스의 정보조작대처법에 따를 때 가처분을 담당하는 판사가 거짓 정보가 다가올 선거에 미치는 영향을 사전적으로 판단해야 하는 부담을 안게 되고, 프랑스 헌법재판소의 해석대로 세 가지 요건을 모두 충족해야 거짓 정보로 인정하게 된다면 사실상 정보를 대량 취급하는 로봇에 의해 배포된 경우로 적용영역이 제한될 우

98) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 14 내지 15면.

99) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 15면.

100) 헌법재판소 헌법재판연구원, 위의 글, 15면.

101) 이정념, “인터넷 가짜뉴스의 규율을 위한 형사입법모델 연구: 프랑스의 입법례를 분석하여”, 서강법률논총 제10권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2019, 137면.

102) 이정념, 위의 글, 143면.

려가 있으며, 규제하고자 하는 “가짜뉴스”의 개념정의도 용이하지 않고 명확성 담보가 어려우며 48시간은 관사에게는 너무 부족한 시간이면서 거짓 정보 확산에는 충분한 시간이 될 수 있다는 등의 비판이 있다.¹⁰³⁾

정보조작대처법은 허위조작정보로 인하여 선거의 진실성이 왜곡되는 것을 막기 위해 선거과정에서 외국으로부터 선거에 영향을 끼칠 의도로 대량으로 조작된 정보가 유포되지 못하도록 조치를 취한다는 의미가 크다고 할 수 있다. 따라서 형사적 처벌이 규정된 선거법과는 다른 의의가 있고, 외국으로부터 조직적으로 유포되는 허위조작정보로 인하여 투표에 있어서 잘못된 의사결정이 이루어지지 않도록 방어하는 것을 주된 목적으로 하고 있음을 알 수 있다.

3. 유럽연합의 대응

가. 점진적 대응

유럽집행위원회(the European Commission)가 2018년 1월 학계, 언론계, 신문방송 연합, 온라인 플랫폼, 시민단체와 팩트체킹 그룹 등 다양한 배경의 구성원들로 구성된 고위전문가그룹(high-level group of experts: the HLEG)을 소집하였고, 위 고위전문가그룹은 2018년 3월에 허위조작정보에 대한 다차원적 접근보고서를 발간하였음은 위에서 본 바와 같다.¹⁰⁴⁾ 위 보고서에 따르면 허위조작정보에 대한 대응방안으로, ① 온라인 뉴스에 대한 투명성 강화(온라인에서 확산되는 시스템에 대한 자료 등의 공유), ② 허위조작정보와 맞서고 디지털 미디어 환경을 탐색할 수 있도록 하는 미디어와 정보 리터러시 촉진, ③ 사용자들과 언론인들이 빠르게 진화하는 정보 기술로 허위조작정보를 다루고 바람직한 환경을 육성할 수 있도록 하는 도구 개발, ④ 유럽의 뉴스 미디어 생태계의 다양성과 지속가능성 방어, ⑤ 다양한 행위자가 취할 수 있는 수단에 관하여 평가하고 계속적으로 필요한 대응에 적응해 갈 수 있도록 하는 허위조작정보의 영향에 대한 지속적인 연구 장려의 5가지를 제시하였다.¹⁰⁵⁾

나아가 위 보고서에서는 중·단기 목표 중 첫 단계로서, 모든 이해관계자들의 참여

103) 한동훈, “프랑스의 정보조작대처법률에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제25권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2019. 4., 41 내지 44면.

104) HLEG, 앞의 글, 5면.

105) HLEG, 위의 글, 6면.

하에 자율적 규제로서 이해관계자들의 역할과 책임에 대해 규정된 실천강령을 제정할 것을 제시하였다. 그리고 다음 단계로서, 유럽집행위원회는 2019년 봄에 그동안 취해진 조치의 실효성 등을 평가하여 다음 유럽집행위원회에서 위 실천강령보다 더 나아간 조치를 취할지 검토할 것을 권유하였다.

유럽집행위원회는 2018년 9월 위 보고서 내용을 반영하여 “허위조작정보 대응 실천강령”(EU Code of Practice on Disinformation, 이하 ‘2018년 실천강령’이라 한다)을 공표하였고, 페이스북·구글·트위터 등이 2018년 실천강령을 이행하겠다는 내용에 서명하였다.¹⁰⁶⁾ 2018년 실천강령은 광고의 엄밀한 검토(II.A.), 정치적 광고와 이슈 기반 광고(II.B.), 서비스의 완결성(II.C.), 소비자들에 대한 권한 부여(II.D.), 연구 공동체에 대한 권한 부여(II.E.)의 5가지 영역으로 주제를 나누어 각각의 영역에서 실천해야 할 준칙 15개에 대해 규정하고 있다.¹⁰⁷⁾ 예를 들어 서명자들은 자신들의 서비스에서 자동화된 봇의 정체와 그 오용과 관련하여 명확한 정책을 확립하고, 자동화된 시스템 중에 어떤 것이 허용될 수 없는 것인지에 관한 각각의 정책을 확립하는 등의 준칙상 의무를 부담한다(이상 II.C. 서비스의 완결성 Integrity of services 항목 중)¹⁰⁸⁾. 나아가 2018년 실천강령은, 이 강령은 서명자들에 대하여만 적용되고, 서명자는 유럽집행위원회와 다른 서명자들에게 고지함으로써 위 강령 전체 또는 특정 준칙 준수 의사를 철회할 수 있다고 되어 있다.¹⁰⁹⁾

유럽집행위원회는 2018년 실천강령의 이행 등과 관련하여 서명자들로부터 자체 평가 보고서를 제출받고, 위 강령 시행으로부터 12개월 경과 후 그 효과에 관한 종합적인 평가 작업을 수행하여 2019년 10월 첫 번째 연례 보고서를 발표하였다.¹¹⁰⁾ 위 연례보고서에서는 위 강령 시행 전에 비하여 상황이 개선되었지만 개별 서명자들이 더 진지한 조치를 취할 것이 여전히 요구된다고 평가하면서 특히 소비자들과 연구 공동체에 대한 권한 부여 항목은 약속보다 뒤쳐져 있다고 보았다.¹¹¹⁾

유럽집행위원회는 2020. 10. 9. “허위조작정보 대응 실천강령에 관한 평가-성과와 추가 개선할 부분”(Assessment of the code of Practice on Disinformation

106) The Signatories, 앞의 글.

107) The Signatories, 위의 글.

108) The Signatories, 위의 글.

109) The Signatories, 위의 글.

110) European Commission, “Code of Practice on Disinformation First Annual Reports—October 2019”, <http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>, 최종확인: 2022. 2. 5.

111) European Commission, 위의 글.

-Achievements and areas for further improvement)라는 SWD(Commission Staff Working Document)를 발표했다.¹¹²⁾ 위 문서는 2018년 실천강령에 대한 평가로서 위 강령의 성과와 한계를 담고 있다. 성과로서는 위 강령이 관련 사업주체 등 사이에 체계적인 논의를 할 수 있는 틀을 제공하여 일반적인 정책 목표 확립, 적절한 수단 확정, 이와 같은 수단과 관련된 정보가 공개될 수 있도록 하고, 그로써 플랫폼의 책임을 강화한 것을 들었다.¹¹³⁾ 반면 한계로서는, 플랫폼과 회원국들이 위 강령을 적용하는 방식이 통일되어 있지 않고, 개념정의도 서로 다르며, 준칙의 적용범위에 대하여도 의견 차이가 있고, 강령의 자율규제적인 성격 자체로 인한 본질적인 한계가 있음을 지적하였다.¹¹⁴⁾ 위 문서에는 유럽에서 2019년 이루어진 선거과정에서 사업주체들이 취한 조치에 관한 평가도 포함되어 있다.¹¹⁵⁾

2018년 실천강령 서명자 총회에서는 2021. 7. 8. 2018년 실천강령을 강화하는 작업에 착수하기로 하였고¹¹⁶⁾, 마침내 2022. 6. 16. 클럽하우스, 구글, 메타, 마이크로소프트, 틱톡, 트위터 등 34개 업체가 “2022 강화된 허위조작정보 대응 실천강령”(2022 the Strengthened of Practice on Disinformation, 이하 ‘2022년 실천강령’이라 한다)에 서명하였다.¹¹⁷⁾ 2022년 실천강령에서는 주제 영역을 광고 게재의 엄밀한 검토, 정치적 광고, 서비스의 완결성, 소비자들에 대한 권한 부여, 연구 공동체에 대한 권한 부여, 팩트 체크 기구에 대한 권한 부여, 투명성 센터 개설, 대책 본부 설립, 강령준수 감독의 9가지로 확장하고 그에 부수되는 준칙 또한 15개에서 44개로 확대하였다.

나. 평가

유럽연합의 위 대처를 살펴보면, 먼저 고위전문가그룹을 통하여 향후 계획을 수

112) European Commission, “Assessment of the code of Practice on Disinformation -Achievements and areas for further improvement”, <http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement>, 최종확인: 2022. 2. 5.

113) European Commission, 위의 글, 4 내지 7면.

114) European Commission, 위의 글, 7 내지 13면, 17 내지 19면.

115) European Commission, 위의 글, 26면.

116) European Commission, “The assembly of the signatories to strengthen the code of Practice on Disinformation”, <http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/assembly-signatories-strengthen-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 6. 20.

117) European Commission, “2022 Strengthened of Practice on Disinformation”, <http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/signatories-2022-strengthen-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 6. 20.

립하고 그에 따라 이해관계자들이 주체가 되어 실천강령을 작성하여 서명하도록 유도한 후 유럽집행위원회 등에서 지속적으로 위 강령이 제대로 이행되고 있는지 모니터링하여 그 의의와 한계가 무엇인지를 평가하고 위 평가에 따라 필요한 조치를 추가하여 강화된 내용의 실천강령을 작성하여 서명하도록 유도하였음을 알 수 있다. 위와 같은 조치는 형사적이거나 행정적 규제가 표현의 자유에 미치는 악영향을 고려하여 최대한 자율규제의 형식으로 규제의 틀을 설정하면서도 지속적으로 그 영향력, 특히 선거에서 미친 효과에 관하여 모니터링하고 필요에 따라 행정적 규제로 나아갈 여지를 두고 있는 것으로 볼 수 있다.

유럽연합의 위와 같은 점진적 절차 진행에 대하여, 자율규제의 구체적 절차를 명시하고 실행 로드맵을 제시한 후 사업자들의 시행 여부를 감독, 평가함으로써 자율규제를 적극적으로 유도하고 있고 참여자의 대표성을 확보하고 있으며 참여자들의 자발적인 집행을 이끌어냈고 공익 추구라는 목적에 부합하는 등의 의의가 있으나 2018년 실천강령 준수가 미흡할 경우 어떠한 제재를 내릴지 또는 충실히 이행하는 경우 보상방안이 있는지에 관하여는 언급되어 있지 않아 실효성 확보가 우려된다는 평가가 있다.¹¹⁸⁾

4. 미국의 대응

가. 수정헌법에 근거한 표현의 자유 보호

미국은 전통적으로 표현의 자유를 극히 존중해왔다. 수정헌법 제1조는, “연방의회는 언론, 출판의 자유..(중략)..를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.”¹¹⁹⁾라고 되어 있다.

그와 같은 맥락에서 선고된 판결들을 소개한다. 미국연방대법원은 New York Times Co. v. Sullivan 판결에서, 공직자 측에서 허위사실로 인한 명예훼손으로 손해배상을 청구할 때에는 상대방이 그 사실이 허위임을 알았거나 부주의하게 알지

118) 김민정, “유럽연합의 온라인 허위조작정보(disinformation) 자율규제 사례 고찰”, 언론과 법 제19권 제1호, 한국언론법학회, 2020., 219 내지 223면.

119) 원문은 다음과 같다.

Amendment 1 (Freedom of Religion, Press, Expression)

Congress shall make no law respecting an Establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

못하였다는 점을 증명하지 않는 한 손해배상을 구할 수 없다고 판단하였던 바 있다.¹²⁰⁾ 또한 미국연방대법원은 2012. 6. 28. *United States v. Alvarez* 판결에서 군 훈장을 받았다는 허위사실을 주장하는 것을 금지하는 법률을 위헌이라고 판단하였다.¹²¹⁾ 위 사건에서 케네디 대법관은, 표현 내용에 기반한 규제는 선동, 음란, 명예훼손, 정부가 방지할 권한이 있는 중대하고 절박한 위협이 담긴 발언 등 몇 가지 유형¹²²⁾에서만 허용된다고 밝히고, 심지어는 허위사실 적시로 인한 명예훼손과 같은 경우에조차도 진술된 내용에 오류가 있는 것만으로는 부족하고 오류가 있다는 것을 알았거나 부주의하게 알지 못하였다는 요건까지 갖춘 경우에야 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못한다고 하였다. 케네디 대법관은 이어서 비록 수정헌법 제1조의 보호범위에 속하지 않는 다른 유형이 존재할 수 있으나, 이 사건에서 정부는 허위 진술이 그러한 새로운 유형을 구성할 수 있다는 점을 입증해내지 못하였다고 하였다.

또한 미국연방대법원은 *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell* 사건¹²³⁾에서 허위사실 진술은 특히 가치가 없고, 위와 같은 진술은 진실을 찾으려는 사상의 자유시장의 기능을 방해하며 개인의 명예를 침해할 수 있다고도 보았다. 그러면서도 허위가 거의 가치가 없다 하더라도 자유로운 논쟁에서는 이를 피할 수 없는 면이 있고 허위사실을 공표한 자에게 엄격한 책임을 지우는 것은 공적 인물에 관계된 발언에 위축효과를 가져오게 될 것이 분명하다는 문제가 있으므로 표현의 자유에는 숨 쉴 공간이 필요하다고도 하였다.

미국의 위와 같은 판결을 검토하여 보면 미국에서는 허위사실이라는 이유만으로 이를 규제하는 입법은 수정헌법 제1조에 위배되어 위헌으로 될 가능성이 매우 높고, 허위사실 표현이 명예훼손이나 선동 등 일부 보호받지 못하는 표현과 결합될 때 부수적으로 규제될 여지가 있으나 그와 같은 경우에도 일정한 요건 하에서 제한적으로만 규제될 수 있을 뿐이라고 볼 수 있다.

120) *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

121) *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

122) 위 판결에서는 그와 같은 유형으로 선동(incitement), 외설(obscenity), 명예훼손(defamation), 범죄행위에 포함되는 발언(speech integral to criminal conduct), 도발적인 언어(so-called "fighting words"), 아동 포르노(child pornography), 실제 위협(true threats), 사기(fraud), 정부가 방지할 권한이 있는 중대하고 급박한 위협을 표현하는 발언(speech presenting some grave and imminent threat the Government has the power to prevent)를 들고 있다.

123) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

나. 허위조작정보 규제에 대한 논의

미국에서도 허위조작정보를 규제하자는 주장이 있다. 왈드만은 사실과 의견을 구별하여, 사실에 관한 진술은 사상의 자유시장 이론에 있어 적용 대상이 아니라고 보았다¹²⁴⁾. 그는 그와 같은 전제에서 가짜뉴스를 규제하려면 미국 연방대법원의 오래된 기조인 사상의 자유시장 이론에 대한 수정이 아니라 새로운 논의의 틀이 필요하다고 주장하였다.¹²⁵⁾ 그는 사실이란 것은 사상의 자유시장에서 토론을 통해 얻을 수 있는 것이 아니라고 하면서, 사실에 대한 허위 진술은 수정헌법 제1조가 보호하려는 자유를 좀먹어들어가는 악영향을 끼칠 수 있음을 지적한다.¹²⁶⁾

노아 펠드먼은 허위조작정보가 사상의 자유시장에서 시장의 실패를 초래할 수 있음을 경고하기도 한다.¹²⁷⁾ 사상의 자유시장 이론은 그 자체로 시장은 때로 실패한다는 것을 의미한다고 한다. 그는 경제학자 조지 애컬로프의 연구를 소개하면서, 소비자들이 어떤 상품이 좋은 상품인지 모를 때에는 평균적인 가격에 상응하는 금액만 지불하려 할 것이고 그와 같은 현상이 계속되면 결국 판매자들은 더 좋은 상품을 더 비싼 값에 팔려는 노력을 그만두게 될 것이라고 한다. 진실한 정보를 보도하려면 편집자, 팩트 체커 등 여러 인적·구조적 자원이 필요한 반면 허위 정보의 경우 누군가의 상상력만 있으면 된다는 점에서 비용이 훨씬 적게 든다. 그러면서 그는 이와 같은 상황을 시정하기 위해 법적 규제를 하는 것은 수정헌법 제1조에 대한 미국연방대법원의 입장으로 볼 때 가능하지 않을 것이라고 보았다.

한편 허위조작정보를 규제하는 법률의 합헌성 심사기준을 상업적 광고 규제입법에 적용되는 ‘셴트럴 허드슨 기준(Central Hudson Test)’으로 완화하여 적용하는 방식을 제안하는 견해도 있다.¹²⁸⁾ 앤드로퍼는 허위조작정보로 상당한 금전적 이익을 얻을 수 있다는 점에 착안하여 허위조작정보를 규제하는 입법에서의 심사기준을 상업 광고 규제 입법에서의 기준과 같이 완화할 수 있다고 주장하였다.¹²⁹⁾ 위 기준

124) Ari Ezra Waldman, “The Marketplace of Fake News”, 20 U. PA. J. CONST. L. 845, 866면, 2018.

125) 위와 같다.

126) Waldman, 위의 글, 869면.

127) Noah Feldman, “Is fake news protected by the First Amendment? Bloomberg View”, The Oregonian, 24 November 2016, https://www.oregonlive.com/opinion/2016/11/is_fake_news_protected_by_the.html, 최종확인: 2022. 3. 6.

128) Alexandra Andorfer, “Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation”, 69 Hastings L. J., 1409, 1425 내지 1428면, 2018.

129) Andorfer, 위의 글, 1425면.

은 “(1) 그 진술이 합법적이고 오도하는 것이 아닌지 (2) 그 진술을 규제함으로써 얻어지는 정부의 이익이 중요한(substantial) 것인지 (3) 대상 규제가 정부의 이익을 직접적으로 증진시키는지(directly advances) (4) 대상 규제가 정부의 이익을 실현하는데 필요한 이상으로 광범위한 것은 아닌지”이다.¹³⁰⁾

예일대학교의 정보사회 프로젝트와 표현의 자유를 위한 플로이드 에이브람스 기관은 2017. 3. 7. “허위 정보와의 싸움 워크숍(Fighting Fake News Workshop)”을 개최하였다.¹³¹⁾ 여기 모인 21명의 다양한 분야의 전문가들은 허위 정보에 대한 정부 개입에 관하여 대체로 부정적인 견해를 피력했고, 정부는 미디어 리터러시 교육 등을 통하여 개입을 최소화하는 것이 바람직하다는 입장이었다.¹³²⁾ 정부가 권리를 제한하는 방식(벌금, 과징금 부과 등)으로 개입할 경우 정부의 규제가 과도하게 광범위해질 수 있다는 점을 우려하였고, 면세와 같이 인센티브를 부여하는 방식으로 개입할 경우에도 결과적으로 특정 진술에 대하여는 규제하는 것이 된다는 점을 우려하였다. 쉽게 말하여 위 전문가들은 어떤 진술이 사실인지 혹은 가치 있는지를 정부가 결정하는 것이 옳지 않다고 생각하였다. 또한 위 전문가들 상당수는 정보유통자의 책임을 증대시키는 방안 또한 설령 합헌적이라 해도 반대하였다. 현재에도 이미 관련 규정에 따르더라도 모니터링하기에는 올라오는 정보가 너무 많다는 것이다.¹³³⁾ 위 전문가들은 허위조작정보에 대한 대응에 있어서 법률은 가장 질이 나쁘고 허위이며 이윤을 얻으려는 동기에서 비롯된 정보의 경우 그 효과를 약화시키기 위해서 제한적으로 사용할 수 있다는 입장을 밝혔다.¹³⁴⁾

5. 기타

130) Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. of N.Y., 477 U.S. 557 (1980). 반면 표현행위의 내용에 근거한 규제 등에 적용되는 엄격심사(strict scrutiny)에서는 정부의 행위가 합헌으로 추정되지 않고, 당해 행위가 중대한 국가 이익(compelling state interest)의 달성에 필수불가결한 수단임이(necessarily related) 입증되는 경우에만 합헌으로 판정된다[이우영, “미국의 위헌심사기준으로서 ‘이중 기준(二重 基準) (Double Standard)’”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 421 내지 423면].

131) Sandra Baron·Rebecca Crotoof·Anna Gonzalez, “Fighting Fake News Workshop Report”, Fighting Fake News, The Information Society Project, The Floyd Abrams Institute for Freedom of Expression, 2017, 1면[https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/isp/documents/fighting_fake_news_-_workshop_report.pdf]

132) Sandra Baron·Rebecca Crotoof·Anna Gonzalez, 위의 글, 7 내지 10면.

133) Sandra Baron·Rebecca Crotoof·Anna Gonzalez, 위의 글, 7 내지 10면.

134) Sandra Baron·Rebecca Crotoof·Anna Gonzalez, 위의 글, 14면.

영국은 2016년 브렉시트(Brexit) 국민투표 당시 허위조작정보가 의도적으로 유포되었다는 주장이 있었고 이와 관련하여 선거 관련 광고에 대해서 인증 및 출처를 포기하는 방식으로 “디지털 낯인을 의무화할 것”을 규정한 디지털낯인 의무화법안에 대한 논의가 있었으나 입법화되지 않았다. 또한 영국에서 온라인을 통한 괴롭힘으로 14세 소녀가 사망한 사건이 발생하자 온라인으로 유포되는 정보를 규제해야 한다는 주장이 있었고 이와 관련하여 허위조작정보 등으로 인한 피해자 보호를 위한 온라인안전법 도입이 논의되었다.¹³⁵⁾ 온라인안전법은, 규제기관(영국정부)은 유해한 내용이 온라인에 게시·유포되는 경우에 필요한 안전기준을 정립하고, 플랫폼 사업자는 필요한 경우 조사할 수 있도록 감사체계를 마련하고 관련 행정기관과 협조하여야 하며, 중대한 위해(국가안보, 미성년자에 대한 신체적 위협 등)가 우려되는 경우 불법정보의 유포 등에 대응할 수 있도록 더 엄격한 대응체계를 구축해야 한다는 것 등을 그 내용으로 하고 있다.¹³⁶⁾ 이와 관련하여 영국 정부는 2019년 4월 안전한 온라인을 만들기 위한 “온라인 유해 백서(Online Harms White Paper)”를 공표하고 이에 관한 의견수렴 등을 거쳐 2020년 2월 개정된 백서를 발표하였는데, 여기서 유해콘텐츠로 열거된 것으로 아동 성 착취, 테러리즘, 온라인상의 따돌림 등 외에도 허위조작정보, 온라인을 통한 의견조작 등이 있다.¹³⁷⁾ 위 백서는 아직 입법으로 연결된 것은 아니나 영국 정부의 향후 온라인 정보에 대한 규제 방향과 움직임을 제시하여 주는 것으로 볼 수 있다.

또한 호주는 온라인안전위원회(eSafety Commissioner)를 설치하여 불법 온라인 콘텐츠 등의 신고를 받고 디지털 미디어 리터러시 교육을 통해 온라인 안전에 대한 인식을 제공하고 있다.¹³⁸⁾

6. 소결

위에서 본 독일, 프랑스, 미국, 유럽연합 및 영국 등에서는 허위조작정보 규제 입

135) 전훈·최우정·김재선, 앞의 책, 98 내지 100면.

136) 김재선, “허위정보 규제를 위한 행정법적 대응방안-영국의 규제 논의를 중심으로-”, 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020., 237면.

137) The Government of the United Kingdom, “Online Harms White Paper: Full government response to the consultation - updated 15 December 2020”, <http://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper>, 최종확인 2022. 3. 6.

138) The Australian Government, “eSafety Commissioner”, 최종확인 2022. 3. 6.

법에 관하여는 비교적 조심스럽게 접근하고 있음을 알 수 있다. 이는 국가 차원에서 허위조작정보를 규제한다는 것이 내포하는 위험성에 대해 경계하기 때문이다. 다만 나라마다 접근하는 양상에는 차이가 있다. 독일은 사회관계망서비스 제공자 등에 대하여 독일 형법에 규정된 몇 가지 유형의 범죄행위에 관한 정보를 게시하는 행위를 모니터링할 의무를 부과하고 규정된 의무를 이행하지 않을 경우 과징금을 부과하는 방법으로 규제하고 있고, 프랑스는 선거라는 특수 상황에서 조직적이고 대규모로 유포되는 허위 정보에 대하여 판사가 단시간 내에 가처분으로 그 유포를 막는 조치를 발할 수 있도록 하고 있다. 유럽연합은 관련 사업자들이 자율적으로 실천강령을 제정하고 그 준수 여부를 모니터링하는 방법으로 허위조작정보를 막도록 유도하고 있다. 미국은 수정헌법 제1조에서 표현의 자유를 제한하는 입법을 제한하고 있어 그 보호범위에 포함되지 않는 표현의 경우에만 규제될 수 있다는 원칙 하에 논의를 전개하고 있어 국가 차원에서의 규제는 쉽지 않을 것으로 보인다.

위와 같은 해외의 대응을 살펴볼 때, 독일은 허위조작정보에 관하여 직접적으로 규제하고 있지는 않으나 문제되는 내용의 정보에 관하여 정보서비스사업자 등을 대상으로 행정적으로 규제하고 있고, 프랑스는 법원과 고등시청각위원회가 사법적·행정적으로 특정 정보에 관하여만 규제하고 있으며, 유럽연합은 유럽집행위원회를 통하여 자율규제의 틀을 마련하여 규제를 진행하는 와중에 공적 규제의 가능성을 엿보이게 하고 있다고 분석된다. 이와 같은 여러 대응방식은 규제의 여러 유형을 보여준다. 이른바 서구의 자유민주주의 국가에서는 표현의 자유를 좀더 중시하는 입장에서 신중한 규제의 움직임이 보이고 있으나, 한편으로 위와 같은 논의와 제도화가 이루어지고 있다는 것은 규제의 필요성을 방증하는 것이기도 하다.

제 2 절 허위조작정보 등에 관한 국내 규제 체계

1. 들어가며

여기서는 현행법에서 허위조작정보와 관련된 규제제도에 관하여 살펴보기로 한다. 현재 민법 및 형법, 공직선거법, 정보통신망법, 방송통신위원회의 설치 및 운영

에 관한 법률(이하 ‘방통위법’이라 한다. 다만 문단 제목에서는 약칭하지 않는다), 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 ‘언론중재법’이라 한다. 다만 문단 제목에서는 약칭하지 않는다) 등에서 여러 유형의 허위정보에 대하여 규제하고 있다. 민법과 형법에서 규제되는 허위정보는 주로 개인적 법익을 침해하는 유형의 허위정보이지만 공직선거법, 정보통신망법에서 규제되는 허위정보에는 일부 사회적 법익을 침해하는 유형도 포함되어 있고, 정보통신망법·방통위법에서는 형사적 규제 뿐 아니라 정보통신서비스 제공자 등에게 시정요구·제재조치 등을 할 수 있도록 하는 행정적 규제의 근거 규정도 있다. 여기서는 현행법에서 시행되고 있는 허위조작정보 관련 규제에 대하여 검토하여 어떤 정보를 대상으로 하여 어떻게 규제되고 있는지에 관하여 본 후 규제의 공백이 있는 부분은 어떤 부분인지를 살펴보고 기존 제도에 대해 있었던 비판을 향후 규제 입법을 마련하는데 참조하기로 한다.

2. 민법 및 형법

현행법 하에서는 허위사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우, 형법 제307조 내지 제310조, 제312조에 따라 형사처벌을 받을 수 있고, 민법 제750조에 따라 손해배상책임을 부담하거나 민법 제764조에 따라 손해배상에 갈음하여 또는 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분으로서 기사 삭제 등의 책임을 부담할 수 있다. 한편 허위사실을 유포하여 사람의 신용을 훼손하는 경우 또는 그와 같은 방법으로 사람의 업무를 방해하는 경우 형법 제313조, 제314조에 따라 처벌된다.

민법과 형법에서 규제하고 있는 허위사실은 ‘타인의 명예를 훼손하는’ 유형의 허위사실로서 여기서 명예의 주체가 되는 ‘타인’은 특정된 자연인이나 법인 등 일부 단체를 의미하고 국가나 정부, 국가기관, 지방자치단체는 명예의 주체가 될 수 없다.¹³⁹⁾ 따라서 정부나 국가기관의 정책과 관련된 내용에 대해서는 관련 공직자 개인의 명예훼손 여부가 문제될 수 있을 뿐이다. 또한 집단표시에 의한 명예훼손의 경우는, 명예훼손죄는 그 피해자가 특정되어야 하므로 집단표시의 경우라면 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가되는 경우에 예외적으로 위 개개인에 대한 명예훼손죄가 성립할 수 있다.¹⁴⁰⁾

139) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결, 2016. 12. 27. 선고 2014도15290 판결 등.

140) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도15631 판결 등.

한편 형법상 명예훼손죄에 관하여도 합헌성 여부에 관한 다툼이 있다. 형법 제 307조 제1항에서는 진실한 사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우에도 형사처벌을 받도록 하고 있다. 위 규정에 관하여 위헌확인 등 심판이 청구되었으나 기각되었다(헌법재판소 2021. 2. 25. 2017헌마1113등). 위 사건에서 다수의견은, 표현의 자유와 인격권의 우열은 쉽게 단정할 수 있는 것이 아니고, 징벌적 손해배상이 인정되지 않는 우리나라에서는 민사적 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방효과를 확보하기 어렵다는 등의 이유로 위헌확인청구를 기각하였다. 다만 헌법재판관 4인은 반대 의견에서, 진실한 사실은 공동체의 자유로운 의사형성과 진실발견의 전제가 되므로 ‘적시된 사실이 진실인 경우’에는 허위 사실을 바탕으로 형성된 개인의 명예보다 표현의 자유 보장에 중점을 둘 필요성이 있다는 등의 이유로 형법 제307조 제1항 중 ‘진실한 것으로서 사생활의 비밀에 해당하지 아니한’ 사실 적시에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 하였다.

형법 제307조 제2항의 허위사실 적시 명예훼손죄에 관하여도 위헌소원심판이 청구되었으나 이 사건에서도 합헌 결정이 이루어진바 있다(헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2016헌바84 결정). 위 사건에서 헌법재판관 전원은 위 조항은 헌법에 위반되지 않는다고 보았다. 명예훼손적 표현이 ‘허위’라면 타인의 명예가 근거 없이 부당하게 훼손될 수 있고 인격권 침해의 정도가 심각할 수 있으며 허위의 사실을 인식하면서도 이를 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위는 인격 실현과 사회적 가치인 자치정체 이념의 실현에 기여한다고 단정할 수 없고, 오히려 공적 여론에 부정적인 영향을 미치게 된다는 점 등을 근거로 들었다. 다만 이에 대하여 ‘특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실’의 존재에 관하여 허위성 여부가 다투어질 경우 피고인은 신빙성이 탄핵되지 않을 정도의 소명자료를 제출할 부담을 지게 되는데 이는 실질적으로 ‘허위의 사실’이라는 점에 대한 증명책임을 피고인이 부담하게 되는바 이는 심판대상조항의 입법취지 등에 반하므로 형법에서 심판대상조항은 ‘허위임이 증명된 사실’에만 적용된다는 점을 명확히 규정할 필요가 있다는 취지의 재판관 1인의 보충의견이 있었다.

헌법재판소의 위 결정례들을 살펴보면 표현의 자유와 인격권의 우열관계에 관하여 다수의견은 일률적으로 표현의 자유가 우위에 있다고 단언할 수는 없다고 하였음을 알 수 있으나, 허위사실의 경우 전원은 표현의 자유보다 인격권이 보호되어야 한다는 입장을 표명하였음을 알 수 있다.

3. 공직선거법

가. 허위논평·보도 등 금지 및 방송·신문 등 부정이용죄

선거과정에서의 허위 사실 유포와 관련하여서는 공직선거법 제96조 제2항, 제252조 제1항에서 규제하고 있다. 방송·신문·통신·잡지, 그 밖의 간행물을 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자는 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거에 관하여 허위의 사실을 보도하거나 사실을 왜곡하여 보도 또는 논평을 하는 행위를 할 수 없고, 이를 위반한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 되어 있다.

대법원에서는 “위 규정에서의 '선거에 관하여'라 함은 당해 선거를 위한 선거운동이 되지 않더라도 당해 선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 등 당해 선거와 관련이 있는 경우를 말하므로 위 규정에서의 보도 또는 논평은 특정 후보자의 당락에 영향을 줄 수 있는 내용에 한하지 아니하고 당해 선거와 관련된 모든 사항에 대한 보도와 논평을 가리키며, '허위사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다 할 것인데, 특정 후보자 위주의 우호적인 여론조사 결과에 관한 기사를 게재함에 있어서 그 여론조사가 그 특정후보자의 의뢰로 실시된 것임에도 보도 신문사의 의뢰에 따라 실시된 것처럼 게재하는 것도 위 허위사실의 보도에 해당한다”고 보았다(대법원 2005. 3. 25. 선고 2005도39 판결 등 참조).

위 규정과 위 대법원 판결 내용을 종합하여 보면, 위 규정은 행위주체를 언론사를 경영하는 자 또는 기자, 편집인 등으로 한정하여 이들에게 선거에 관한 보도에 있어서 허위 또는 왜곡사실 보도를 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌을 받을 수 있도록 한 것으로, 후보자 개인에 대한 인격권 또는 명예권 침해 사안이 아니더라도 선거의 중요성을 고려하여 허위사실이나 왜곡사실 보도를 규제하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

나. 허위사실공표죄

공직선거법 제250조 제1항에서는 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자에게 유리하도록 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의

출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정 단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있고, 같은 조 제2항에서는 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자에게 불리하도록 허위의 사실을 공표하는 등의 행위를 한 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있다.

위 규정에 관하여는 위헌 논란이 지속적으로 제기되고 있다. 후보자에 대한 허위 사실 공표 대상 범위가 지나치게 포괄적이고 불명확하다는 지적과, 법정형에 자유형 규정까지 두고 있어 구성요건을 엄격히 적용하여야 함에도 실제 운용에 있어서는 그렇지 못하다는 문제점이 지적된다.¹⁴¹⁾ 낙선목적 허위사실공표죄는 유죄가 인정되면 무조건 당선무효형이 선고될 수밖에 없도록 하고 있다는 점에서 더 문제된다.

공직선거법 제250조 제1항의 ‘경력등’에 관하여, 공직선거법에는 이에 관한 아무런 정의나 기준에 관한 규정을 두고 있지 않아 명확성원칙에 반한다는 이유로 위헌 소원 심판청구가 제기되었으나 합헌결정이 내려진바 있다. 위 사건에서 헌법재판관 전원은 죄형법정주의의 명확성 원칙은, 모든 구성요건을 서술적 개념으로 규정할 것을 요하는 것이 아니라 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하는 것이라는 전제에서, ‘경력’의 의미에 관하여 ‘후보자의 행동이나 사적 등에 관한 사항으로 후보자의 실적과 능력으로 인식되어 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항’을 말한다는 대법원 판례가 형성되어 있다고 보았다(헌법재판소 2017. 7. 27. 선고 2015헌바219 결정).

공직선거법 제250조 2항에 관하여 위 규정은 벌금형의 하한을 지나치게 높게 규정하여 유죄가 인정되는 경우 벌금 500만 원 이상에 처해져 당선까지 무효로 되고 벌금형 확정 후 5년간 선거권 및 피선거권의 제한을 받게 되는 바, 이처럼 불법의 경중을 불문하고 ‘당선 무효와 선거권 및 피선거권의 제한’을 가하는 것은 비례원칙에 위배된다는 등의 이유로 위헌소원 심판 청구가 제기된 바 있다. 이에 대하여 헌

141) 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)과 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토-소위 ‘정봉주 사건’을 중심으로”, 법학연구 22권 1호, 연세대학교 법학연구원, 2012. 3., 1 내지 32면.

법재판관 전원은 선거과정에서 검증되지 않은 허위사실을 공표하는 행위에 대하여 효과적인 제재를 가할 필요가 있고 그와 같은 의혹 제기로 말미암아 후보자의 명예가 실질적으로 훼손됨은 물론 선거에서 유권자들의 선택을 오도할 수 있는 중대한 문제가 야기되어 공익에 현저히 반하는 결과를 불러올 수 있으므로, 입법자가 그 범정과 비난가능성의 정도를 높게 평가하고 국회의원이 국민의 대표자로서 입법작용을 담당하는 중요한 기능을 수행하는 것을 감안하여, 일률적으로 당선무효에 해당하는 형을 선고할 수 있도록 한 것이 책임원칙을 벗어난 과중한 것이라고 볼 수 없다는 등의 이유로 합헌 결정을 하였다(헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌바168 결정).

위 규정은 행위주체를 한정하지 않고 후보자 등과 관련하여 개인의 인격권이나 명예권을 침해하는 내용이 아니더라도 허위인 사실을 유포하는 경우 처벌되도록 한 것으로 선거의 질서를 중요시하여 정치적 표현의 자유를 제한하는 규정으로 볼 수 있다.

다. 후보자비방죄

공직선거법 제251조에서는 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다고 하면서, 다만 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있다.

위 규정 중 “비방” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다는 등의 이유로 위헌소원 심판이 제기되었다. 헌법재판소 다수의견은 이 부분에 대하여 “비방”의 의미는 ‘사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것’이라고 해석할 수 있고 이는 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 사용되는 일반적인 용어로서, 특별한 경우를 제외하고는 법관의 보충적 해석작용이 없더라도 일반인들도 그 대강의 법적 의미를 이해할 수 있는 표현이라고 보아 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보았고, 나아가 위 규정은 과잉금지원칙에도 위반되지 않는다고 보았다(헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌바53 결정).

한편 위 규정 중 ‘후보자가 되고자 하는 자’로 인정될 수 있는 객관적인 시기나 행위태양에 대하여 구체적으로 규정하지 않고 있고, 심판대상조항 단서의 ‘공공의 이익’ 역시 지극히 불명확한 개념이어서 수범자로서는 심판대상조항에 의하여 금지되는 행위가 무엇인지를 전혀 알 수 없으므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다는 등의 이유로 위헌소원 심판 청구가 제기되었다. 이에 대하여 헌법재판관 4인은 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 포함되는지는 구성요건적 행위를 한 자의 행위 시점을 기준으로 후보자가 될 의사를 인정할 수 있는 객관적 징표 등을 고려하여 판단하는 것으로 이 부분이 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다고 본 반면, 헌법재판관 5인은 위 규정은 ‘후보자가 되고자 하는 자’나 그 비방행위의 시기에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않아 과잉금지원칙에 위반된다고 보았고 그 결과 결국 “헌법에 위반되지 아니한다.”는 선언을 하였다(헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌바75 결정).

위 규정은 대상 사실을 허위사실에 한정하지는 않고 있고 행위태양을 “비방”하는 것으로 하고 있어 피해자의 인격권, 명예권 등도 함께 보호법익으로 하고 있는 규정으로 보인다.

라. 정보통신망을 이용한 선거운동

공직선거법 제82조의4 제2항은, 누구든지 정보통신망법 제2조 제1항 제1호에 따른 정보통신망을 이용하여 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하여서는 아니되며, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하여서는 안 된다고 규정하고, 제3항에 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다) 또는 후보자는 이 법의 규정에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다고 하고 있다. 이 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자가 후보자의 요청에 따르지 아니하는 때에는 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있으며, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는

취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 이 법의 규정에 위반된다고 인정되는 때에는 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자에게 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다.

위 규정은 후보자 등에 관한 허위사실을 유포하는 경우나 사실을 적시하여 비방하는 경우 위법성조각사유가 없는 한, 당해 사실에 관한 정보 자체를 삭제 처리할 수 있도록 한 것이다. 그 절차와 관련하여 선거관리위원회로부터 위 제3항 2문에 따른 요청을 받은 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체 없이 이에 따라야 하는데(제4항), 정보통신서비스제공자 등 또는 해당 정보를 게시·전송한 자는 선거관리위원회에 위 요청에 관하여 이의신청을 할 수 있도록 하고 있다(제5항).

4. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

가. 타인의 권리를 침해하는 정보의 삭제 및 임시조치 등

정보통신망법 제44조의2 제1항에서는 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제2항에서는 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다고 되어 있다. 같은 조 제6항에서는 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다고 되어 있다.

또한 정보통신서비스 제공자는 같은 조 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 있는데 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 하고(같은 조 제4항), 이와 같은 임시조치는 삭제요청이 없을 때에도 정보통신서비스 제공자 스스로 할 수 있다(정보통신망법 제44조의3).

위 임시조치 규정과 관련하여서 현행 임시조치 제도는 권리 침해를 주장하는 자의 권리침해사실에 관한 소명만 있으면 정보통신서비스 제공자가 임시조치를 사실상 단행할 수 있게 되고, 정보계재자에게 적절하고 대응한 방어수단은 규정되지 않는 등의 문제로 정보계재자의 표현의 자유가 침해될 수 있다는 문제점이 지적되어 온 바 있다.¹⁴²⁾ 헌법재판소에도 위 임시조치 규정 등에 관하여 위헌확인 청구되었다가 기각되었다(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마88 결정). 헌법재판소는 침해의 최소성 측면에서 표현의 자유를 덜 침해하는 대안이 존재하는지에 관하여 검토하면서, 사생활이나 명예 침해에 관한 정보가 아주 짧은 시간에 무차별적으로 살포되어 사후적인 형사처벌이나 손해배상 등으로는 회복되기 어려운 경우가 많고 권리침해 주장자의 반박내용 게재나 링크·퍼나르기 금지, 검색기능을 이용한 접근 차단 등으로는 위 조항의 입법목적을 효과적으로 달성할 만한 대체적인 수단으로 볼 수 없다고 보았다. 또한 임시조치의 절차적 요건과 내용이 필요최소한의 제한인지에 관하여 검토하면서, 임시조치는 정보의 불법성을 확인하고 권리침해 주장자와 정보계재자 간의 자율적 분쟁 해결을 도모할 시간적 여유를 제공하고 비교적 짧은 기간 동안의 정보 접근만을 차단할 뿐이며 권리침해 정보의 유통 및 확산을 방지하기 위해 신속한 대응이 요구되는 시점에 권리침해 주장자에게 ‘증명’까지 요구하는 것은 무리라는 점에서 침해 최소성 요건을 충족한다고 보았다.

나. 불법정보의 유통금지 등

정보통신망법 제44조의7¹⁴³⁾ 제1항은 명예훼손과 같은 타인의 권리를 침해하는

142) 박진우, “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 임시조치 제도 개선방안에 관한 연구”, 가천법학 제11권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2018. 12., 130 내지 133면.

143) 정보통신망법[일부개정 2021. 6. 8. (법률 제18201호, 시행 2021. 12. 9.)]

제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보
4. 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보
5. 「청소년 보호법」에 따른 청소년유해매체물로서 상대방의 연령 확인, 표시의무 등 법령에 따른 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 정보
6. 법령에 따라 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 정보

6의 2. 이 법 또는 개인정보 보호에 관한 법령을 위반하여 개인정보를 거래하는 내용의 정보

정보 뿐 아니라 청소년유해매체물, 금지되는 사행행위, 국가보안법상 금지된 행위 수행에 해당하는 정보 등 사회적 법익을 침해하는 정보까지 9가지 유형의 불법정보를 규정하고, 그와 같은 불법정보를 유통하는 행위를 금지하고 있다.

그 중 국가기밀을 누설하는 내용, 국가보안법 금지 행위 수행, 그밖에 범죄를 목적으로 하는 정보(정보통신망법 제44조의7 제1항 제7 내지 9호)의 경우, 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있을 것을 요건으로 하여 심의위원회(가 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자에게 시정요구를 하였음에도 이에 따르지 않는 경우 방통위가 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다고 되어 있다.

그와 달리 같은 조 제2항에서 제1항 제1호부터 제6호의3까지의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 방통위가 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있도록 하고 있어 절차를 달리 하고 있음을 알 수 있다.

한편 정보통신망법 제73조 제5호에서 같은 법 제44조의7 제2항 및 제3항에 따른 방통위의 명령을 이행하지 않은 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 하고 있다.

6의 3. 총포·화약류(생명·신체에 위해를 끼칠 수 있는 폭발력을 가진 물건을 포함한다)를 제조할 수 있는 방법이나 설계도 등의 정보

7. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보

8. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보

9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 정보

② 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지, 제6호의2 및 제6호의3의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다.

③ 방송통신위원회는 제1항제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다.

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청[제1항제9호의 정보 중 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)에 대하여는 수사기관의 장의 요청을 포함한다]이 있었을 것

2. 제1호의 요청을 받은 날부터 7일 이내에 심의위원회의 심의를 거친 후 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」제21조제4호에 따른 시정 요구를 하였을 것

3. 정보통신서비스 제공자나 게시판 관리·운영자가 시정 요구에 따르지 아니하였을 것

④ 방송통신위원회는 제2항 및 제3항에 따른 명령의 대상이 되는 정보통신서비스 제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 의견제출의 기회를 주지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우

2. 의견제취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

정보통신망법 제44조의7 제1항 제8호 및 같은 조 제3항과 관련하여 위헌소원심판이 제기되었으나 합헌결정되었다(헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2012헌바325 결정). 당시 헌법재판소는 명확성의 원칙과 관련하여, 같은 법 제1항 제8호의 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보'는 국가보안법 제3조 내지 제12조에서 규정하고 있는 범죄구성요건을 충족하는 행위를 수행하는 내용의 정보를 말하고(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도329 판결), 여기에서 범죄구성요건을 충족하는 행위를 수행하는 내용의 정보라는 의미는 당해 정보의 내용이 범죄구성요건인 행위의 수단 또는 객체이거나 행위 그 자체에 해당하는 경우 등을 말하는 것으로 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

헌법재판소는 또한 위 사건에서 과잉금지 원칙과 관련하여 “입법기관이 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보할 목적으로 제정한 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보는 ‘그 자체로서 불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물’(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정 참조)에 해당하므로 그러한 정보의 유통을 금지하는 것을 언론의 자유에 대한 과도한 제한이라고 할 수는 없다. 게다가 정보통신망법 제44조의7 제1항 제8호에 해당하는 정보를 유통하는 경우에도 해당 이용자를 형사처벌하는 것이 아니라 해당 정보의 시정요구제도, 취급거부·정지·제한 명령제도를 통하여 그 정보의 삭제 등을 하는 데 불과한 점, 서비스제공자 등에 대하여도 불법정보의 게재에 대하여 바로 법적 책임을 묻는 것이 아니라 심의위원회의 시정요구에 따르지 아니하고, 방통위의 명령을 이행하지 아니한 때 비로소 형사 책임을 묻는 구조를 취하고 있는 점, 심의위원회가 시정요구를 한 경우 서비스제공자 등과 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 이의신청을 할 수 있으며, 심의위원회는 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하도록 함으로써 서비스제공자 등의 신속한 권리구제를 가능하게 하고 있는 점(방통위법 시행령 제8조 제5항, 제6항), 심의위원회가 정보통신망법 제44조의7에 따른 제재조치를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하는 점(방통위법 제25조 제2항, 제1항 제2호), 방통위가 위 제재조치를 명할 때에도 미리 해당 이용자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 점(정보통신망법 제44조의7 제4항), 정보통신망법 제44조의7 제3항의 취급거부·정지·제한명령은 동조 제2항의 명령이 재량사항인 것과 달리, 의무사항으로 되어 있으나 관계 중앙행정기

관의 장의 요청이라는 추가적 요건이 규정되어 있어 시정요구의 불이행만으로 곧바로 위와 같은 명령을 받게 되는 것은 아니라는 점, 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전의 고전적인 통신수단과는 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 유통되기 때문에 불법정보에 대하여 신속하게 적절한 조치를 취하지 않으면 그로 인해 발생할 수 있는 개인적 피해와 사회적 혼란 등을 사후적으로 회복하기란 사실상 불가능에 가깝다는 점, 취급거부·정지·제한명령에 대하여 행정소송을 통한 사법적 사후심사가 보장되어 있는 점, 불법정보에 대한 심의 및 취급거부·정지·제한명령제도를 통하여 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성할 공익을 보호할 필요성이 매우 크다는 점 등을 종합하면, 입법자가 정보통신망법 제44조의7 제1항 제8호의 금지의무를 위반한 자를 제재하는 수단 및 법적 효과를 설정함에 있어서, 그들의 기본권 침해를 최소화하도록 배려하였다고 볼 수 있고, 공익에 비하여 사익이 과도하게 침해되었다고 볼 수 없으므로, 최소침해성과 법익균형성 요건도 충족한다”고 보아 과잉금지원칙에도 위배되지 않는다고 보았다.

위 결정에서 본 바에 따르면, 헌법재판소는 대상 정보가 명확성 원칙을 충족한다는 판단 후에 정보통신망법 제44조의7의 불법정보 유통금지 절차에 따르면 해당 이용자를 형사처벌하는 것이 아니라 정보를 삭제하는 것에 그치고 서비스제공자 등에 대하여도 불법정보를 유통하였다 하여 바로 형사처벌하는 것이 아니라 방통위의 명령을 이행하지 않을 때 형사책임을 묻는 구조로 되어 있다는 점과, 서비스제공자 등과 해당 이용자에게 이의신청, 의견제출 기회와 사법적 사후심사가 보장된 점 등을 고려하여 과잉금지원칙 위반이 아니라고 보았음을 알 수 있다. 위와 같은 결정은 허위조작정보 규제 입법과 관련하여 시사점을 제공한다. 다만, 정보통신망법의 위 규정에서 서비스제공자 등과 해당 이용자에게 보장된 이의신청이 과연 실질적인 의미가 있는지, 서비스제공자 등에 대하여 형사처벌을 할 수 있도록 한 것이 적절한지에 관하여 재고해볼 필요가 있다. 위와 같은 절차 및 비판에 관하여 아래에서 불 방통위법 등에서 자세히 살펴보기로 한다.

다. 정보통신망법상 명예훼손죄

정보통신망법 제70조는 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실 또는 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 경우 징역 또는 벌금 등에 처하도록 하고 있다. 위 조항에 관하여도 위헌소원이 제기되었으나 모두

합헌 결정이 내려진 바 있다(헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2015헌바438 등 결정, 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 등 결정).

5. 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 등

방송법에서는 방송법 제33조에서 심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정을 제정·공표하도록 하고 있다. 또한 방송법 제100조에서 방통위는 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사가 심의규정을 위반한 경우 과징금을 부과하거나 주의 또는 경고, 징계 해당 방송프로그램 정정 등의 제재조치를 명할 수 있고, 심의규정 위반 정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 않는 경우 해당 사업자 등에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다고 하고 있다.

방통위법 제21조 제3, 4호에서는 심의위원회의 직무로 정보통신망법 제44조의7에 규정된 사항의 심의(같은 조 제3호) 및 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항(같은 조 제4호)으로서 대통령령으로 정하는 정보¹⁴⁴⁾의 심의 및 시정요구 등을 규정하고 있다.

144) 방통위법 시행령 제8조(심의위원회의 심의대상 정보 등)

① 법 제21조제4호에서 "대통령령이 정하는 정보"란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보를 말한다.

② 법 제21조 제4호에 따른 시정요구의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 해당 정보의 삭제 또는 접속차단

2. 이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지

3. 청소년유해정보의 표시의무 이행 또는 표시방법 변경 등과 그밖에 필요하다고 인정하는 사항

③ 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자는 제1항 및 제2항에 따른 시정요구를 받은 경우에는 그 조치결과를 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 한다.

④ 심의위원회는 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자가 제1항에 따른 시정요구에 따르지 아니하는 경우로서 해당 정보가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7제1항 제1호부터 제6호까지의 규정에 따른 불법정보인 때에는 방송통신위원회에 정보통신서비스제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 그 취급거부·정지 또는 제한을 하도록 하는 명령을 하여 줄 것을 요청할 수 있다.

⑤ 제2항에 따른 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자, 게시판 관리·운영자 또는 해당 이용자는 그 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 심의위원회에 다음 각 호의 사항이 적힌 문서를 제출하여 이의신청을 할 수 있다.

1. 이의신청인의 명칭 또는 성명과 주소, 전화번호, 전자우편주소

2. 시정요구의 문서번호

3. 이의신청의 사유

4. 이의신청인의 기명날인 또는 서명

5. 그 밖에 이의신청을 위하여 필요한 사항

⑥ 심의위원회는 제5항에 따른 이의신청이 있는 날부터 15일 이내에 이를 심의하여야 한다.

⑦ 제6항에 따른 심의 결과에 대하여는 다시 이의신청을 할 수 없다.

그리고 방통위법 시행령 제8조 제1항에서 방통위법 제21조 제4호의 정보란 ‘정보통신망법 제44조의7에 따른 불법정보와 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요한 정보’라고 하고 있다.

또한 방통위법 제25조¹⁴⁵⁾ 제1항에 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 방통위법 제24조의 심의규정¹⁴⁶⁾에 위반된다고 판단하는 경우 방송법 제100조 제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시를 하거나 정보통신망법 제44조의7에 따른

145) 방통위법 제25조(제재조치 등)

① 심의위원회는 방송 또는 정보통신의 내용이 제24조의 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나의 제재조치 등을 정할 수 있다.

1. 「방송법」 제100조제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시
2. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

② 심의위원회는 제1항의 제재조치 및 제21조제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 다만, 제21조제4호의 시정요구를 정하려는 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 의견진술의 기회를 주지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 시정요구를 할 필요가 있는 경우
2. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 해당 당사자의 연락처를 알 수 없는 경우
3. 의견청취가 뚜렷이 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 법원의 확정판결 등에 따라 시정요구의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되어 시정요구에 따른 의견진술이 불필요하다고 판단되는 경우
4. 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

③ 심의위원회는 제1항의 제재조치를 정한 때에는 위원회에 지체 없이 제재조치의 처분을 할 것을 요청하여야 한다.

④ 심의위원장은 제21조제1호부터 제4호까지의 규정에 따른 직무를 수행하기 위하여 필요한 경우에는 방송사업자, 중계유선방송사업자, 전광판방송사업자, 외주제작사, 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠 사업자 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제3호의 정보통신서비스 제공자(이하 이 조에서 “방송사업자등”이라 한다)에게 심의에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다. 이 경우 자료제출을 요구받은 방송사업자등은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

⑤ 위원회는 제3항에 따라 심의위원회로부터 제재조치의 처분을 요청받은 때에는 「방송법」 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 해당 사업자 등에 대하여 그 제재조치의 처분을 명령하여야 한다.

⑥ 심의위원회가 시정요구를 할 때에는 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판 및 행정소송을 제기할 수 있는지 여부, 그 밖에 불복을 할 수 있는지 여부, 청구절차 및 청구기간, 그 밖에 필요한 사항을 알려야 한다.

⑦ 심의위원장은 제4항에 따른 자료제출 요구를 방송사업자등이 따르지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 경우에는 위원장에게 그 사실을 통보하여야 한다.

146) 그 중 정보통신에 관한 심의규정(심의위원회 규칙 제38호, 2009. 2. 9. 제정)으로 이 논문과 연관 있는 부분은 다음과 같다.

정보통신에 관한 규정 제8조(선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등) 선량한 풍속 기타 사회질서를 현저히 해할 우려가 있는 내용의 다음 각 호의 정보는 유통이 적합하지 아니한 것으로 본다.

3. 사회통합을 저해하는 다음 각목의 정보

- 가. 도박 등 사행심을 조장하는 내용
- 나. 미신승배 등 비과학적인 생활태도를 조장하거나 정당화하는 내용
- 다. 특정 종교, 종파 또는 종교의식을 비방, 왜곡하거나 조롱하는 내용
- 라. 장애인, 노약자 등 사회적인 소외계층을 비하하는 내용
- 마. 학교교육 등 교육을 왜곡하여 현저히 교육기풍을 해하는 내용
- 바. 합리적 이유 없이 성별, 종교, 장애, 연령, 사회적 신분, 인종, 지역, 직업 등을 차별하거나 이에 대한 편견을 조장하는 내용
- 아. 기타 사회적 혼란을 현저히 야기할 우려가 있는 내용

불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한의 처분을 정하여 방통위에 그와 같은 처분을 요청할 수 있다고 되어 있다. 위와 같은 제재조치나 시정요구를 정할 때 미리 당사자 또는 그 대리인에게 의견을 진술할 기회를 주도록 되어 있다.

방통위법 제21조 제4호에서 규정하고 있는 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구’를 부분과 관련하여 위헌제청신청되었고 이에 관하여 합헌결정이 이루어진바 있다(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정). 위 사건에서는 명확성의 원칙과 포괄위임입법금지원칙 및 과잉금지원칙 위배 여부가 논의되었다. 헌법재판소는 위 규정의 명확성 원칙과 관련하여 “‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하고, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보(이하 ‘불건전정보’라 한다)’란 이러한 질서 또는 도덕률에 저해되는 정보로서 심의 및 시정요구가 필요한 정보를 의미한다고 할 것이다. 또한 정보통신영역의 광범위성과 빠른 변화속도, 그리고 다양하고 가변적인 표현형태를 문자화하기에 어려운 점을 감안할 때, 위와 같은 함축적인 표현은 불가피하다고 할 것이다.”라고 보았다. 또한 헌법재판소 다수의견은 “위 조항은 ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이란 요건을 추가하여 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보’ 중 대통령령에 위임되는 심의 및 시정대상 정보의 범위를 한정하고 있다.”고 보면서 관련 규정으로서 정보통신망법 제44조의7 등의 규정을 종합하여 볼 때 “심의 및 시정요구의 대상으로 대통령령에 규정될 불건전정보란 위 정보통신망법조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보가 될 것임을 누구나 예측할 수 있다.”고 보았다.

나아가 다수의견은 과잉금지원칙과 관련하여 위 조항에 따른 시정요구는 “시행령에서 구체화되어 단계적으로 ‘해당정보의 접속차단’, ‘해당정보의 삭제’, ‘이용자에 대한 이용정지’, ‘이용자에 대한 이용해지’로 구분되어 있고(방통위법 시행령 제8조 제2항)”, 시정요구에 대하여 정보통신서비스제공자 등과 이용자는 이의신청을 할 수 있는 반면(방통위법 시행령 제8조 제5항), 시정요구의 상대방인 정보통신서비스제공자 등은 조치결과의 통지의무는 있으나 그 불이행에 대한 제재수단은 설정되지 아니하였고, 시정요구 대상정보가 정보통신망법 제44조의7 제1항의 불법정보에 해당하고, 정보통신서비스제공자 등이 시정요구에 따르지 아니하는 경우 방통위가 해

당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령을 발령할 수도 있으나, 이 경우 심의위원회 요청 및 방통위의 발령 자체가 재량행위로 규정되어 있거나(방통위법 시행령 제8조 제4항, 정보통신망법 제44조의7 제2항), 관계 중앙행정기관의 장의 요청이라는 추가적 요건이 규정되어 있어(정보통신망법 제44조의7 제3항), 시정요구의 불이행만으로 곧바로 위와 같은 명령을 받게 되는 것은 아니라는 점 등을 들어 불건전 정보의 규제수단으로 표현의 자유를 덜 침해할 방법을 발견하기 어려우므로, 피해의 최소성 원칙에 반하지 않는다고 보았다.

한편 이에 대하여 ‘건전한 통신윤리’란 매우 추상적인 개념으로 사람마다의 가치관, 윤리관에 따로 크게 달라질 수밖에 없어 명확성원칙에 위배되고, 구 전기통신법의 불온통신 위헌 결정¹⁴⁷⁾에 따라 정보통신망법에 불법정보가 구체화되어 규정된 것인데 방통위법 제21조 제4호에서 과거의 불온통신과 유사하게 ‘건전한 통신윤리 함양을 위하여 필요한 사항’이라는 추상적인 규정을 두고 있다는 문제가 있으며, 시정요구의 본질적인 사항인 시정요구의 상대방, 내용, 효과 등이 법률에 전혀 규정되어 있지 않아 그와 같은 사항을 확정짓기도 어려워 포괄위임금지원칙에 위배된다는 등의 헌법재판관 3인의 반대의견이 있었다.

또한 위 헌법재판소 다수의견에 관하여, 명확성 원칙 심사에 있어 ‘건전한 통신윤리함양’이란 부분은 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속’보다 명확성이 높다고도 볼 수 없고, 헌법재판소는 정보통신망법의 다른 조항들을 근거로 방통위법 조항을 해석하고 있는데, 이는 일반 수범자들에게 예측가능하지 않고, 침해 최소성 판단에서도 헌법재판소는 시정요구가 법적 구속력이 없다는 점을 중요하게 본 듯하나 이는 사실상 구속력이 높은 행정처분이며, 법의 균형성 측면에 있어서도 인터넷에서의 내용규제로 인한 표현의 자유 위축효과를 가볍게 보았다는 비판이 있다.¹⁴⁸⁾ 위 비판에 따르면 심의위원회는 정보통신망법 제44조의7 제3항의 엄격한 요건을 거칠 필요 없이 방통위법 제21조 제4호의 시정요구로 문제되는 정보를 처리하고 있고, 사업자들의 시정요구 준수율은 100%에 가까워 위 시정요구는 사실상 법적 구속력을 갖는 것과 다를 바 없다는 것이다.¹⁴⁹⁾ 위 비판에 따르면 정보통신망법에 규정된 불법정

147) 헌법재판소는 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용’의 통신을 금하는 구 전기통신법 제53조 제1항이 명확성 원칙에 위배되고, 위와 같은 통신의 대상 등을 대통령령으로 정하도록 한 위 법 제53조 제2항은 포괄위임금지원칙에 위배된다는 등의 결정을 한 바 있다(헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정).

148) 박경신, “인터넷상 ‘불건전정보’ 시정요구제도와 표현의 자유-헌법재판소 2012. 2. 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 합헌결정-”, 법학논총 제32권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015. 12., 47 내지 68면.

보에 대하여 심의위원회가 정보통신서비스 제공자 등에게 시정요구를 하면 정보통신 제공자 등이 이를 받아들여 방통위법 시행령에 정하고 있는 접속차단, 삭제, 이용정지, 이용해지 등의 조치를 취함으로써 끝나는 경우가 대다수라는 것이다. 또한 방통위법 제25조 제1항을 실제 집행할 때 심의위원회는 정보통신망법 제44조의7의 불법정보에 해당하지 않더라도 심의규정 제8조 제3호 아목의 “기타 사회적 혼란을 현저히 야기할 우려가 있는 내용”에 위반됨을 이유로 삭제나 차단을 하는 경우가 있다는 문제도 지적된다.¹⁴⁹⁾

위와 같이 제도가 운용되어 온 것은 시정요구와 제재조치의 상대방이 정보를 작성하여 게시한 자가 아니라 정보를 유통한 자, 즉 정보통신서비스제공자 등이라는 점이 큰 역할을 한 것으로 보인다. 정보 게재자가 아닌 정보통신서비스제공자 입장에서는 심의위원회의 시정요구에 응하지 않을 경우 방통위의 제재조치를 받게 될 우려가 크고 제재조치 명령을 이행하지 않을 경우에는 형사처벌까지도 받게 될 수 있기 때문에 굳이 불법정보에 해당하는지 여부에 대해 다투기보다는 시정요구에 응하는 쪽을 선택할 것이다. 비록 해당 이용자에게는 방통위법 시행령 제8조 제6항에 시정요구에 대하여 이의신청을 할 수 있는 절차가 마련되어 있지만 시정요구를 하는 주체와 이의신청에 대한 심의 주체가 동일하게 심의위원회로 되어 있다는 점에서 실효성이 크지는 않을 것으로 보인다.¹⁵¹⁾ 다만 해당 이용자는 이의신청이 기각될 경우 심의위원회에 대하여 행정소송으로 시정요구를 다퉴 수는 있다.¹⁵²⁾ 위와 같은 문제점을 고려할 때, 허위조작정보 규제 입법에 있어서 해당 이용자에 대하여 직접 게시한 정보가 삭제 등 조치를 당하여 표현의 자유가 침해될 위험이 있으므

149) 박경신, 위의 글, 66면.

150) 박경신, 위의 글, 72 내지 73면.

151) 같은 취지로, 정혜욱, “심의위원회의 시정요구에 대한 행정법적 고찰-행정주체론과 행정지도론을 중심으로”, 동아법학 제57호, 동아대학교 법학연구소, 2012., 70면.

152) 서울행정법원 2010. 2. 11. 선고 2009구합35924 판결, 위 판결에서는 심의위원회는 시정요구를 할 수 있고 시정요구를 받은 전기통신서비스제공자 등은 그 조치결과에 대하여 심의위원회에 지체 없이 통보하여야 할 법률상 의무를 부담하며, 시정요구에 대한 불복절차가 마련되어 있고, 정보통신서비스 제공자가 시정요구에 따라 게시물을 삭제한 경우 방통위가 제재처분을 할 여지가 없으므로 시정요구에 대하여 항고소송으로 다퉴 수 있게 하는 것이 직접적인 권리구제 수단이 된다고 보았고, 위 판결은 항소심(서울고등법원 2010누9428)을 거쳐 확정되었다. 위에서 본 방통위법 제21조 제4호에 관한 위헌제청사건(헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정)에서 헌법재판소도 “행정기관인 심의위원회의 시정요구는 정보통신서비스제공자 등에게 조치결과 통지의무를 부과하고 있고, 정보통신서비스제공자 등이 이에 따르지 않는 경우 방통위의 해당 정보의 취급거부·정지 또는 제한명령이라는 법적 조치가 예정되어 있으며, 행정기관인 심의위원회가 표현의 자유를 제한하게 되는 결과의 발생을 의도하거나 또는 적어도 예상하였다 할 것이므로, 이는 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 갖는 것으로서 헌법소원 또는 항고소송의 대상이 되는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다”고 본 바 있다.

로, 삭제 등의 조치에 대하여 본안소송 이전 단계에서 실질적으로 대항할 수 있는 지위를 마련하여 줄 필요가 있다.

또한 방통위법 제25조 제1항에서 심의위원회에서는 심의규정에 위반된다고 판단 되는 경우 불법정보에 대한 제재조치 등을 정할 수 있다고 하고 있는데, 위 제도를 운용하기에 따라 불법정보에 해당함이 명백하지 않은 경우에도 심의규정 위반으로 제재조치가 이루어질 우려가 있고, 심의규정에는 ‘기타 사회적 혼란을 현저히 야기 할 우려가 있는 내용’ 등의 규정도 포함되어 있어, 허위조작정보가 행정규칙인 정보통신에 관한 심의규정에 의하여 우회적으로 규제될 우려가 있다.¹⁵³⁾ 허위조작정보는 개인적 법익을 침해하는 경우보다 공권력에 의한 표현의 자유 침해의 위험성 문제가 더 많이 제기될 수 있어 우회적으로 규제될 여지를 남겨두는 것은 바람직하지 않았다. 그보다는 법률이나 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 하위법규에 명확히 규정함으로써 공권력에 대하여 통제를 받을 수 있도록 함이 타당하다.

6. 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률

가. 정정보도청구 등

언론중재법은 정정보도청구(언론중재법 제14, 15조), 반론보도청구(언론중재법 제16조), 추후보도청구(언론중재법 제17조) 등을 규정하고 있다. 정정보도청구는 사실적 주장에 관한 언론보도 등이 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자는 해당 언론보도등이 있음을 안 날부터 3개월 이내에 언론사등에게 그 언론보도등의 내용에 관한 정정보도를 청구할 수 있고, 위 청구에는 언론사등의 고의·과실이나 위법성을 필요로 하지 않는다고 하고 있다. 반면 반론보도청구는 사실적 주장에 관한 언론보도등으로 인하여 피해를 입은 자가 언론사등에 청구하는 것으로 언론사등의 고의·과실, 위법성을 필요로 하지 않음은 물론, 보도 내용의 진실 여부와 상관없이도 청구할 수 있다. 추후보도청구는 범죄혐의가 있거나 형사상 조치를 받았다고 보도 또는 공표된 자가 그에 대한 형사절차가 무죄판결 또는 이와 동등한 형태로 종결되었을 때 그 사실을 안 날부터 3개월 이내에 언론사등에 이 사실에 관한 추후보도의 게재를 청구하는 것이다.

153) 박경신, 앞의 글, 72 내지 73면; 박완주는 심의위원회의 방송에 관한 심의의결 내역을 살펴보면서 방송심의규정의 명확성원칙과 관련된 문제를 제기하고 있다[박완주, “방송심의규정 개선 방안에 대한 연구-헌법상 명확성 원칙을 중심으로”, 석사학위논문, 건국대학교, 2015].

언론중재법 제14조의 정정보도청구 요건 중 언론사의 고의, 과실이나 위법성을 요하지 않는다는 부분에 관하여 위헌소원심판이 청구되었으나 이 부분에 관하여는 기각결정이 이루어졌다(헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2005헌마165 결정).

나. 시정권고제도

언론중재법 제32조는 언론중재위원회가 언론의 보도 내용에 의한 국가적 법익, 사회적 법익 또는 타인의 법익 침해사항을 심의하여 필요한 경우 해당 언론사에 서면으로 그 시정을 권고할 수 있는 시정권고제도를 규정하고 있다. 이는 언론사에 대하여 권고적 효력을 가지는 데 그치고 언론사는 시정권고에 불복하여 언론중재위원회에 재심을 청구할 수 있다.

7. 소결

현행법 하에서 허위조작정보에 관련된 제도를 살펴보면, 허위사실로 인하여 개인의 명예권과 같은 사익이 침해되는 경우 작성자에 대한 형사처벌, 민사상 손해배상 청구, 작성자가 언론기관인 경우 정정보도청구나 반론보도청구 등의 구체책을 마련하고 있고, 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게도 그와 같은 정보의 유통을 제한하는 절차를 마련하고 있음을 알 수 있다.

한편 사회적 법익을 침해하는 허위조작정보와 관련하여서는 선거라는 특정 상황에서는 공직선거법에서 언론사 등에 대하여는 선거에 관한, 일반인들에 대하여는 후보자 등에 관한 허위정보 유포행위를 처벌하고 있다. 언론중재법에서는 작성자가 언론기관인 경우 언론중재위원회가 해당 언론사에 서면으로 그 시정을 권고할 수 있는 시정권고제도를 두고 있고, 정보통신망법에서는 청소년유해매체물이거나 금지되는 사행행위, 국가기밀 누설, 국가보안법 금지 행위를 수행하는 내용의 정보의 경우 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자로 하여금 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 할 수 있도록 하고 있다. 방통위법과 동 시행령에서도 심의위원회는 정보통신망법 제44조의7의 불법정보와 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보의 경우 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 하고 있는 한편, 대상 정보의 내용이 심의규정에 위반된다고 판단하는 경우 정보통신망법 제44조의7 제1항에 따른 불법정보 유통에 대한 취급 거부·정지 또는 제한을 할 수 있다고 하

고 있다.

결국 현행 개별법으로 규제되지 않고 있는 허위조작정보는, 공직선거법이 직접 적용되지 않고 정보통신망법상 청소년유해매체물, 국가기밀, 국가보안법 등의 불법 정보에 해당하지 않는 경우가 남게 되고, 이러한 유형의 허위조작정보가 국가적·사회적 법익을 침해한다고 평가될 경우, 이를 공적으로 규제하는 것이 부딪치게 되는 헌법적 문제가 무엇인지, 그와 같은 규제가 합헌적으로 평가되려면 어떤 절차와 방식을 취해야 하는지의 문제가 남게 된다.

제 6 장 허위조작정보의 규제에 관한 헌법적 검토

제 1 절 허위조작정보 규제의 헌법적 쟁점

1. 들어가며

허위조작정보 규제 입법에서 문제되는 헌법적 쟁점은 명확성 원칙, 표현의 자유의 보호범위, 과잉금지원칙 등이 있다. 허위조작정보도 표현의 자유의 보호범위에 포함된다고 할 수 있는지 논의가 있다. 또한 과잉금지원칙에 있어서는 허위조작정보 규제 입법에 관한 합헌성 심사기준을 완화할 수 있을지의 논의에 관하여 보고, 입법목적의 정당성과 관련하여 구체적으로 어떤 법익을 보호하고자 하는지를 검토해본다. 나아가 규제 기준으로서 ‘특정 공익에 대하여 중대한 피해를 야기할 급박한 위험성’이라는 요건이 필요하다고 보이는바 이에 관하여 검토하여 보기로 한다.

2. 명확성의 원칙

표현의 자유 규제 입법에서 과잉금지원칙보다 먼저 검토되는 기준이 명확성의 원칙이다. 헌법재판소는, “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증될 수 있도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지 되는 표현인가가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다”(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정, 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결

정 등 참조)고 하면서, 표현의 자유 규제 입법에 있어서의 명확성의 원칙이 갖는 의미를 밝히고 있다. 표현의 자유와 관련된 행위를 불명확하게 규제하게 되면 표현주체들이 규제에서 자유로울 수 있는 표현조차 스스로 제한하게 되는, 이른바 위축효과가 나타날 우려가 크기에 명확성의 원칙을 엄격하게 적용하게 된다는 것이다.

그렇다면 어느 정도까지 명확하게 규정해야 하는가와 관련하여 헌법재판소는, “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호범의 범위와 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다”라고 하고, “법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다”(헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 등 전원재판부 결정)고 하여 그 기준을 밝히고 있다. 즉 문제된 법률규정에 따라 규제되는 행위가 무엇인지에 관하여 수범자 입장 또는 법 집행자 입장에서 예측가능한지가 명확성 원칙 위반 여부의 판단 기준이 된다.

명확성의 원칙과 관련하여 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌결정에서 “이 사건 법률조항은 ‘공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자’를 처벌하도록 하고 있는바, ‘공익을 해할 목적’이라는 초과주관적 구성요건이 의미하는 바가 무엇인지 우선 문제된다. 헌법 제37조 제2항은 모든 자유와 권리는 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 헌법 제21조 제4항은 언론·출판은 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 그런데

이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 ‘동어반복’이라고 할 수 있을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유에 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. “공익”이라는 개념은 이처럼 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 공익으로 인식될 수 있는 이익이 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다. 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분이다. 문제되는 행위가 어떤 공익에 대하여는 촉진적이면서 동시에 다른 공익에 대하여는 해가 될 수도 있으며, 전체적으로 보아 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위하여는 공익간 형량이 불가피하게 되는데, 그러한 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것은 아니다. 결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못한다. 어렴풋한 추측마저 불가능하다고는 할 수 없더라도, 그것은 대단히 주관적인 것일 수밖에 없다.”고 하여 문제된 법률조항의 “공익을 해할 목적” 부분은 명확성 원칙에 위배된다고 보았다(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 등 결정). 이 사건에서 헌법재판소는 문제된 법률규정이 형벌규정이면서 표현의 자유에 대한 제한입법으로서 엄격한 의미의 명확성 원칙을 적용한다고 보았다. 또한 이 부분 뿐 아니라 “허위의 통신” 부분도 그 의미가 불명확하여 명확성 원칙에 위배된다고 본 헌법재판관 5인의 명확성 원칙 위반 여부에 관한 보충의견이 있었다.

위 전기통신기본법 위반 사건의 결정에서는 “공익을 해한다”는 기준은 같은 행위를 놓고도 행위자나 법집행자의 주관적 가치관에 따라 공익을 해하는지에 관하여

전혀 다른 판단을 내릴 수 있다는 점, 문제된 행위가 어떠한 공익의 측면에서는 유해하지만 다른 공익의 측면에서는 유익할 수 있는데 이와 같은 경우 그 행위가 공익을 해한다고 볼 것인지는 공익 간 형량을 해야 하는바, 그와 같은 형량의 결과 어느 쪽이 앞서는지에 관한 판단이 사람마다 달라 불명확해질 수 있다는 점 등을 근거로 명확성 원칙에 위배된다고 판단할 수 있다. 위와 같은 판단기준은 허위조작 정보 규제 입법에서도 참고해야 할 사항으로, 특히 아래에서 볼 규제기준으로서 ‘특정 공익에 대하여 중대한 피해를 야기할 급박한 위험성’ 부분에서 보호하고자 하는 공익을 구체화할 필요가 있다고 생각된다.

3. 표현의 자유 보호영역

가. 문제의 제기

허위조작정보를 규제하게 되면 다른 여타 기본권 제한도 문제될 수 있지만 가장 직접적으로는 표현의 자유 침해가 문제된다. 헌법재판소에서는 표현의 자유 침해가 문제된 사건에서 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하기에 앞서 먼저 법령에서 금지하는 행위가 표현의 자유의 보호영역 범위 내에 있는지에 관하여 검토하는 경우가 있었다.¹⁵⁴⁾ 위에서 보았듯이 미국 수정헌법 제1조는 표현의 자유를 제한하는 법률의 제정을 문언상 금지하고 있는데, 미국연방대법원에서는 특정 유형의 경우 수정헌법 제1조의 보호범위에 포함되지 않는다고 보아 제한될 수 있는 여지를 두고 있으나 포함되지 않는 유형을 제한하고 있어 규제되는 범위가 좁다고 할 수 있다.¹⁵⁵⁾ 만일 표현의 자유의 보호영역에 포함되지 않는다고 본다면, 대상 표현을 규제하는 법률에 대한 합헌성 심사기준은 완화될 수 있을 것이다.¹⁵⁶⁾

나. 관련 헌법재판소 결정례

154) 아래에서 소개하는 헌법재판소 1998. 4. 20. 선고 95헌가16 결정 참조.

155) *Chaplinsky v. State of New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942) 사건에서 미국연방대법원은, 표현의 자유가 언제나 어떤 상황에서도 절대적인 것은 아니라는 전제에서 헌법에서 보호받지 못하는 명확히 규정되고 좁게 제한된 유형이 있고, 그러한 유형은 생각에 있어 본질적인 부분이 아니고 진실로 나아가는 과정에서 사회적 가치가 매우 낮아 질서와 도덕성에 관한 사회적 이익이 위와 같은 유형으로부터 끌어낼 수 있는 어떤 이익보다도 훨씬 중대하다고 인정되어 왔다고 보았다.

156) 이러한 경우에도 과잉금지원칙에 따른 심사 자체가 배제되는 것은 아니다. 음란물을 출판한 출판사에 대하여 등록취소를 규정한 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호등 위헌제청심판 사건(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정)에서 헌법재판소는 아래에서 보듯 음란물의 경우 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 못하고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다고 하면서 위 규정에 대하여 위헌심판을 할 때에는 과잉금지원칙 위반 여부를 검토하였다.

1) 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 사건에서, 헌법재판관 5인(재판관 이강국, 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 송두환)은 과잉금지 원칙 위반 여부에 관한 보충의견에서, ‘허위사실’이라는 것은 언제나 명백한 관념이 아니고, 설령 객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도 그와 같은 표현이 언제나 공중도덕·사회윤리를 침해한다거나 행위자의 인격의 발현 또는 국민주권 실현에 전혀 도움이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다는 점을 근거로, “표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 것이다.”라고 하였다(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 등 결정).

한편 위 사건에서 헌법재판관 2인(재판관 이동흡, 재판관 목영준)은 반대의견에서도, “허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것은 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니”라고 하였다. 결국 위 사건에서 헌법재판관 7인은 허위사실 또한 표현의 자유의 보호영역 내에 포함된다는 취지를 밝혔다고 볼 수 있다.

2) 음란물과 관련하여 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호등 위헌제청 사건에서, “언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다. 그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 위에서 본 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다.”라고 하여 표현의 자유의 한계를 헌법 제21조 제4항에 따라 설정하고, 그 한계 밖에 있는 음란물의 경우 표현의 자유로 보호되지 않는다고 보았다(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정).

그러나 헌법재판소 정보통신망법 제65조 제1항 제2호 위헌소원 사건에서 헌법재판소는, “과거 헌법재판소는 ‘음란표현’은 헌법상 언론·출판 자유의 보호영역 밖에 있다고 판단한 바 있으나, 위 95헌가16 선례가 실시한 바와 같이 ‘일단 표출되면 그 해악이 처음부터 해소될 수 없거나 또는 너무나 심대한 해악을 지닌 음란표현’이 존재할 수 있다 하더라도, 어떤 표현이 바로 위와 같은 이유에 의하여 ‘국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 표현’에 해당하는지 여부는 ‘표현의 자유’라는 헌법상의 중요한 기본권을 떠나서는 규명될 수 없는 것이고, 음란표현에 대하여도 표현의 자유의 보호영역 범위 내에 포함시켜 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등과 같은 합헌성 심사를 할 필요가 있다”(헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 등 전원재판부 결정)는 내용으로 판시하여 음란표현도 표현의 자유 보호영역 내에 있다고 보았다.

다. 관련 학설의 소개

위와 같은 헌법재판소의 입장에 대하여, 이른바 가짜뉴스가 표현의 자유 보호 영역에 포함되는지에 관하여, 허위 중에는 여러 수준의 허위가 존재하고, 허위 자체는 윤리적 비난의 대상은 될지언정 법에 적시된 위법성 요건을 갖추지 않았다면 법적 규제의 대상이 되지 않으므로 ‘가짜’ 정보도 원칙적으로 헌법적 보호영역 내에 있다고 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁵⁷⁾

반면 위 나.의 2)항 정보통신망법 제65조 제1항 제2호 위헌소원 사건 결정에 따르면 표현의 자유의 보호영역을 최대한 넓게 파악하게 되는데, 표현의 자유가 중요한 기본권이라 하여 보호대상인 표현이 모든 경우로 확장될 수 있다는 것은 아니고, 모든 표현을 보호영역에 포섭하게 되면 화자의 권리만 고려될 뿐 청자의 권리를 전혀 배려하지 않게 된다는 등의 이유로 표현의 자유의 보호영역을 설정해야 하고 표현의 자유 등 헌법적 가치를 중대하게 위협하는 가짜뉴스는 표현의 자유의 보호영역에 포섭되지 않는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁵⁸⁾

라. 검토

허위조작정보라 하더라도 그 해악성이나 기망의 정도에 있어 스펙트럼이 다양할

157) 유익선, 앞의 글, 45면.

158) 조영승, “가짜뉴스의 개념과 헌법적 한계에 관한 고찰-표현의 자유의 보호영역을 중심으로”, 공법학연구 제21권 제1호, 한국비교공법학회, 2020. 2., 97 내지 107면.

것인데, 이를 일괄하여 위해성의 정도가 미약한 것까지 표현의 자유 보호영역 범위 밖에 있다고 볼 수는 없을 것이고, 그렇다고 이를 세분화하여 위해성의 정도가 큰 것만 보호영역 밖에 있다고 하기에는 구체적인 사건에서 어떤 경우가 표현의 자유의 보호영역에 포함되고 어떤 경우는 포함되지 않는다고 볼 수 있을지 분류할 기준을 세우기 쉽지 않다. 더구나 허위조작정보를 규제할 경우 정부의 과도한 규제로 표현의 자유가 위축된다는 점이 가장 우려되는 부분인데 허위조작정보의 전부 또는 일부라도 아예 표현의 자유 보호영역에서 배제된다고 볼 경우 규제의 범위나 정도가 지나치게 넓어져 과도한 규제로 인하여 표현의 자유가 침해될 위험성이 더 커진다. 따라서 허위조작정보 역시 표현의 자유 보호영역에 포함되는 것으로 봄이 타당하다.

4. 과잉금지원칙

가. 허위조작정보 규제 법령에 대한 합헌성 심사기준

1) 표현의 자유 규제 법령에 대한 심사기준

헌법재판소는 표현의 자유를 제한하는 법령에 관하여 위헌심사를 하면서, 기본적으로 표현의 자유의 중요성을 강조하면서 엄격한 심사기준을 적용하나 사안에 따라 완화된 심사기준을 적용하기도 하였다.

특정한 정치적 견해를 표현한 자에 대하여 문화예술 지원 공모사업에서의 공정한 심사 기회를 박탈하는 내용의 지원배제 지시에 관한 위헌확인 사건에서 “표현행위자의 특정 견해, 이념, 관점에 근거한 제한은 표현의 내용에 대한 제한 중에서도 가장 심각하고 해로운 제한이다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안 된다’는 것이다(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정 참조). 따라서 정치적 표현의 내용, 그 중에서도 표현된 관점을 근거로 한 제한은 과잉금지원칙을 준수하여야 하며, 그 심사 강도는 더욱 엄격하다고 할 것이다.”라고 하여(헌법재판소 2020. 12. 23. 선고 2017헌마416 결정) 표현의 관점을 근거로 한 제한은 과잉금지원칙을 준수해야 하고, 엄격한 심사기준에 의하여 판단되어야 한다고 판시하였다.

또한 헌법재판소는 여러 차례 표현의 자유가 가지는 중요성에 관하여 판시한 바 있다. 국가보안법 찬양·고무죄에 관한 위헌심판 사건에서는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이라 하겠다”(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정)라고 하여 표현의 자유가 다른 기본권에 비하여 우월적 지위를 갖는다고도 하였다.

그러나 헌법재판소가 표현의 자유 제한 법령에 관한 위헌심사에서 언제나 엄격한 심사를 하였던 것은 아니고, 사안에 따라 오히려 “완화된 기준”을 사용하는 경우도 있다. 즉 같은 목적을 달성하기 위하여 덜 제약적인 수단이 없는지 혹은 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기보다는 ‘입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화된 기준을 적용하는 것이다.

예를 들어 의료광고를 규제하는 법률에 대한 위헌제청 사건에서 “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.”고 보아(헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정), 과잉금지원칙의 심사 기준 중 ‘피해의 최소화’ 원칙에 있어서 필요최소한의 제한인지가 아닌 필요한 것인지에 관한 심사로 족하다고 보았다.

교통수단을 이용하여 타인의 광고를 할 수 없도록 제한하고 있는 옥외광고물등관리법 시행령 규정에 관하여도, “국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한

것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안된다’는 것이다”(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정)라고 하여 표현방법에 대한 제한은 합리적인 공익상의 이유로 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다고 하였다.¹⁵⁹⁾

또한 위 전기통신기본법 위헌결정 사건 당시 재판관 2인은 반대의견에서 “허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것은 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 원론적으로 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위라고 볼 수 없으므로 민주주의의 발전이나 인격발현에 미치는 효과가 중대하다고 하기 어려운 반면, 타인의 명예나 공공질서를 해칠 가능성이 높으므로, 허위사실의 표현에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙을 적용하는 것보다는 ‘피해의 최소화’ 원칙에서 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다”고 한 바 있다.

헌법재판소가 완화된 심사기준을 적용하지 않았다 하여 표현의 자유 제한 법령에 관하여 늘 위헌으로 판단하는 것은 아니다. 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 규정한 형법 제307조 제1항이 표현의 자유를 침해하는지에 관하여 헌법재판소는, “공연히 사실을 적시한 명예훼손 행위의 피해자는 민사상 손해배상을 청구할 수 있고(민법 제751조 제1항), 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다(민법 제764조). 그러나 징벌적 손해배상(punitive damages)이 인정됨에 따라 민사상 손해배상을 통해 형벌을 대체하는 예방이나 위하효과를 달성할 수 있는 입법례와 달리, 우리나라의 민사적인 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방이나 위하효과를 확보하기 어렵다. 또한, 민사상 구제수단의 경우 소송비용의 부담이 있고, 소송기간이 장기화될 수 있어, 비록 민사소송에서 승소하더라도 그 사이 실추된 명예 및 그로 인한 손해를 회복하는 것은 쉽지 않다. 최근에는 명예훼손적 표현이 유통

159) 미국연방대법원은 정부가 표현내용에 근거하여 표현을 규제할 수 없다고 판단해온바 있는데, 여기서의 ‘표현내용’에 근거한 규제가 무엇인지에 관하여 견해(viewpoint)에 대한 규제 즉 논쟁이나 쟁점의 일방만을 규제하고 다른 측에 대해서는 규제하지 않는 것을 의미한다는 의견과, 견해에 대한 규제 뿐 아니라 주제(subject matter)에 대한 규제 즉, 특정 주제에 대하여는 표현을 허용하지 않는 것 또한 포함한다는 의견이 있다. 반면 내용중립적인 규제는 특정 견해나 주제를 규제하는 것이 아니라 메시지와 상관없이 모든 표현에 대하여 적용되는 경우를 의미한다고 한다[최희경, “미국헌법상 표현의 내용에 근거한 규제법리와 적용”, 법학논집 제17권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013, 3 내지 5면].

되는 경로가 단순히 언어, 문서, 도화나 출판물 등에 국한되지 않고 정보통신망을 통하여서도 광범위하게 이루어지고 있다. 정보통신망에서의 정보는 신속하고 광범위하게 반복·재생산되기 때문에 피해자가 명예훼손적 표현을 모두 찾아내어 반박하거나 일일이 그 삭제를 요구하는 것은 사실상 불가능하므로(헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 등 결정 참조), 가처분 등을 명예훼손에 대한 실효적 구제방법으로 보기 어렵다. 나아가 ‘언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률’ 제14조 내지 제17조의2가 정하고 있는 정정보도청구, 반론보도청구, 추후보도청구 등의 구제수단 역시 언론사 등이 아닌 일반 개인이 행한 명예훼손적 표현에 대하여는 적합한 구제수단이 될 수 없다. 이처럼 명예훼손적 표현행위에 대한 실효적인 구제방법이 마련되어 있지 않은 상황에서, 피해자로서는 그 행위의 즉각적인 중단, 출판물 등의 자발적 폐기, 정보통신망 게시물의 자발적 삭제 등을 유도하기 위한 수단으로 형법상 명예훼손죄에 의지할 수밖에 없는 것이 오늘날의 현실이다. 이러한 사정을 고려하면, 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌하도록 한 심판대상조항을 대체하여, 입법목적은 동일하게 달성하면서도 덜 침익적인 다른 수단이 있다고 보기도 어렵다”고 하였다(헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113 등 결정). 위 결정에서는 엄격한 심사기준에 따라 심사하면서도 해당 규정을 합헌으로 보았다.

또한 헌법재판소는 정보통신망 이용 거짓사실 적시 명예훼손죄에 관한 위헌소원 등 사건에서도 “민사상 구제수단의 경우 소송비용 부담이 크고 소송기간도 장기간 일 수 있어 비록 소송에서 승소하더라도 그로 인한 손해를 신속히 회복하기는 어려우며, 정보통신망에서의 정보는 신속하고 광범위하게 반복·재생산되며 확산되기 때문에 피해자가 자신에 대한 명예훼손적 표현을 모두 확인하여 직접 반박하거나 그 삭제를 일일이 요구하기에는 현실적 한계가 있다. 언론사에 정정보도·반론보도를 청구하는 것은 언론사가 아닌 일반 개인이 행한 명예훼손적 표현에 대해서는 적합한 구제수단이 될 수 없고, 무엇보다 인터넷 등 정보통신망에 비방 목적의 거짓 사실이 광범위하게 유포된 이후에는 사후적 구제수단만으로 실추된 명예를 완전히 회복하기 어렵다. 이러한 측면을 고려할 때, 위와 같은 구제수단들이 비방 목적으로 정보통신망에 공연히 거짓의 사실을 적시하는 명예훼손적 표현행위를 방지하기에 충분한 대체수단이라고 단정하기 어렵다. 사정이 이와 같다면, 심판대상조항은 익명성·비대면성·전파성이 크다는 매체(정보통신망)의 특성과 일단 훼손되면 다른 구

제수단을 통하여 완전한 회복이 사실상 불가능하다는 보호법익(외적 명예)의 특성을 고려하여, 일정한 목적·행위태양·내용 등의 요건이 충족되는 범위에서 명예훼손적 표현행위를 한정적으로 규제함으로써 표현의 자유 제한을 최소화하고 있다 할 것이므로, 피해의 최소성도 인정된다.”(헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2015헌바438 등 결정)고 하여 정보통신망법 제70조 제2항의 정보통신망 이용 거짓 사실 적시 명예훼손죄에 대한 위헌소원 사건에서 합헌결정을 한 바 있다.

이와 같은 헌법재판소의 태도에 관하여, 헌법재판소가 표현의 자유의 헌법적 기본권으로서의 중요성을 인식하고 있고 표현의 자유를 제한하는 입법의 위헌성 여부는 다른 기본권에 대한 제한의 경우보다 더욱 엄격하게 심사한다고 추론할 수 있으나, 다만 아직 논리적 체계화를 통한 심사기준의 심사강도 면에서의 차등화가 이루어졌다거나 달리 이를 반영한 심사기준이 정립되었다고 보기는 어렵다고 평가하기도 한다.¹⁶⁰⁾

2) 허위조작정보 규제 법령에 대한 심사기준

허위조작정보의 경우에는 의견표명이나 진실의 주장과 같은 정도의 강한 헌법적 보호가 필요하다고 보이지 않고, 허위사실 표현의 제한에 대한 합헌성 심사는 엄격한 심사의 강도보다는 다소 완화된 심사강도에 의해 판단해야 하며 이는 경제적 자유에 대한 제한에서 적용되는 합리성 심사 정도로 완화되는 것은 아니라 하더라도 위헌성이 추정된다는 정도의 엄격한 심사강도에 비해서는 완화된 중간 정도의 심사강도에 의하여 판단해야 한다는 견해가 있다.¹⁶¹⁾ 또한 허위조작정보가 심대한 사회적 폐해를 가져올 수 있고, 민주적 의사결정 과정을 왜곡하게 만들 수도 있으며 허위성에 대한 인식과 사회적 해악을 초래할 수 있는 정치적·경제적 목적을 그 개념표지로 한다고 본다면 ‘가짜뉴스’를 규제한다고 하여 표현의 자유가 위축되는 결과가 발생하리라고 보기는 어렵다는 등의 이유로 다른 표현의 자유를 제한하는 법률에 비하여 그 심사기준을 완화하는 방안이 가능하다고 보기도 한다.¹⁶²⁾

위에서 본 표현의 자유 규제 법률에 대한 헌법재판소의 태도를 고려할 때 심사기준과 강도를 사례별로 명확히 규정하여 적용한다기보다 구체적 사안마다 타당성

160) 이우영, “표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준”, 서울대학교 法學 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 6., 303면.

161) 이문한(2021), 앞의 글, 209면.

162) 김종현, 이른바 ‘가짜뉴스’에 관한 헌법적 연구, 헌법이론과 실무 2019-A-4, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019, 78 내지 81면.

을 고려하여 판단하는 면이 있어 표현의 자유 제한 법률이라 하여 일률적으로 엄격한 심사를 해야 하는 것으로는 보이지 않고, 허위조작정보에 대한 규제는 관점에 대한 규제가 아니라고 보아 과잉금지원칙에 있어 완화된 심사를 적용할 수 있다고 볼 여지는 있다. 그러나 허위조작정보에 대한 제한은 헌법재판소에서 종래 매우 중요하게 평가해온 정치적 의사표현의 자유와도 관련이 깊고, 허위조작정보 작성이나 유포가 경제적 이익취득만을 목적으로 하지 않는 경우도 있어 완화된 심사기준이 적용되는 상업광고와는 성격을 달리하며, 허위조작정보를 규제하는 것은 단순히 표현 형식을 규제하는 것이 아니라 그 내용을 규제하는 것이라는 점은 부인할 수 없으므로 허위조작정보 규제 법률에 관하여 특별히 완화된 심사기준을 적용하기는 어려울 것으로 생각된다. 따라서 원칙에 따라 기존의 과잉금지원칙 기준에 의하여 침해의 최소성 원칙을 판단해야 할 것으로 보인다.

나. 입법목적의 구체화

헌법재판소는 법률의 위헌성 판단 기준으로 삼는 과잉금지원칙에 대하여, “과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권 침해)의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다. 위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인(受忍)의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조 제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다”(헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정)라고 판시하였던바 있다.

허위조작정보 규제 입법도 과잉금지원칙을 충족해야 하는바, 우선 문제된 정보를

규제하는 목적이 정당한 것이어야 한다. 위 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 사건에서 ‘공익을 해할 목적’ 부분이 명확성 원칙에 위배된다고 판단된 바 있는데¹⁶³⁾, 새로운 규제 입법은 목적을 명확성 원칙에 위배되지 않으면서 정당하다고 평가될 수 있는 것으로, 공익의 개념을 구체화할 필요가 있다. 만일 침해되는 공익이 어떤 것인지를 특정화·구체화하지 않는다면 사실상 허위사실을 유포하였다는 것만으로 규제하는 것이 되어 운용하기에 따라서는 ‘거짓말’을 하면 추상적인 법익을 침해하는 것으로 해석될 우려가 있는데 이는 명확성의 원칙에 위배될 뿐 아니라 표현의 자유를 지나치게 위축시키고 법률이 윤리영역에까지 과도하게 개입하는 것이 되어 바람직하지 않음은 물론이다. 위에서 본 해외의 대응에서도, 허위조작정보 유포에 대한 규제가 허위사실이라는 자체만으로 그 유포를 규제하거나 행위자를 처벌하는 것이 되는 것을 매우 경계하고 있음을 알 수 있다.

이와 관련하여 규제로써 보호되는 공익으로 ‘언론에 대한 신뢰’¹⁶⁴⁾를 제시하기도 하고, 허위조작정보로 인하여 특정인의 명예훼손, 특정 집단에 대한 적대감의 조장, 민주주의 정치과정의 왜곡, 기성언론의 신뢰도 하락 등의 폐해가 초래된다면 입법 목적의 정당성이 인정될 수 있다고 보기도 한다.¹⁶⁵⁾ 생각건대 허위조작정보 규제로써 보호되는 공익은 허위조작정보의 유포로 인한 폐해로 지적되어 규제의 필요성이 있다고 지적된 배경에서부터 출발하여 구체화해볼 수 있다.

먼저 허위조작정보 규제 이슈가 부각된 배경으로, 미국이나 프랑스에서는 선거 상황에서 외국으로부터 유입된 허위조작정보의 유포가 크게 문제되었다. 유럽연합에서도 2018년 실천강령에 따라 특히 선거과정에서 유포되는 허위조작정보에 관하여 적절히 조치를 취하였는지 모니터링해온 것을 보면, 현대 민주사회에서 표현의 자유가 가지는 중요성에도 불구하고 허위조작정보 규제가 계속 논의되어온 것은 민주적 기본질서, 특히 선거에 있어서 선거인들의 자유로운 의사결정에 미치는 위협을 중하게 고려하였기 때문임을 알 수 있다. 이와 같은 점을 고려하면 보호되는 공익으로 먼저 고려되는 것은 ‘공정한 선거질서’이나, 공직선거법 제82조의4에 허위정

163) 다만 이에 대하여 우리 법률에 이미 ‘공익’이라는 용어를 사용하는 조문이 823개에 이르고, 이는 헌법과 법률, 학계 및 법실무에서 널리 사용되어 온 개념으로 ‘공익을 해할 목적’이란 ‘전기통신의 영향력을 이용하여 정당한 사회 질서를 혼란·교란하려는 목적’을 의미함을 일반인도 충분히 예상할 수 있다고 하며 위 헌법재판소의 결정에 비판적인 견해도 있다[이문한, “가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계-실무 적용사례 분석을 중심으로”, 박사학위 논문, 한양대학교, 2020. 2., 264면].

164) 김가희, “가짜뉴스 규제 방안 : 허위사실 표현의 헌법적 보호 여부 및 과잉금지원칙에 따른 규제 합헌성 검토”, 석사학위논문, 이화여자대학교, 2017., 46면.

165) 김종현, 앞의 책, 49면.

보 등의 삭제 등에 관하여 규정하고 있고, 공직선거법 제250조에는 허위사실공표죄를 규정하고 있어 후보자 등에 관한 허위사실을 공표하는 경우 공직선거법에 의해 형사적·행정적으로 규제될 수 있다. 따라서 만일 공정한 선거질서를 위하여 허위조작정보를 규제해야 한다고 본다면 공직선거법의 위 규정에 해당하지 않는 허위조작정보, 예를 들자면 후보자 등과 무관하게 선거 진행 자체에 관한 허위조작정보 등이 그 대상이 될 것이다.

또한 허위조작정보 규제 이슈가 부각된 배경 중 하나로서 코로나19와 같은 감염병 상황에서 감염병의 침투 경로, 전파 경위나 치료방법 등에 관하여 허위조작정보가 유포되는 경우를 들 수 있다. 특히 치료방법이나 전파경로와 관련하여서는 그 내용에 따라 정보 수용자들이 이를 믿고 행동함으로써 국민의 건강권에 심각한 위해를 초래하게 될 위험이 있을 수 있으므로 코로나19와 같이 제대로 알려지지 않은 질병과 관련된 정보의 난립으로 인한 혼란을 막을 필요가 있다. 여기서 도출되는 목적으로 ‘국민의 보건권 및 생명권’을 들 수 있다.

허위조작정보 유포의 폐해로 지적될 수 있는 또 다른 것은 명예훼손죄가 적용되기 어려운 특정집단에 대하여 허위조작정보를 유포하는 경우를 들 수 있다. 이는 요즘 논의되는 혐오표현과도 연결될 수 있는 문제로, 다만 이와 같은 경우는 그 표현의 내용이나 수위가 다양하게 나타나므로 이를 일괄적으로 규제하는 것은 표현의 자유를 침해할 위험성이 매우 높다. 따라서 이러한 유형의 정보는 상대 집단에 대하여 실제적으로 테러나 폭력을 행사할 것을 선동하는 경우 등으로 규제가 제한되어야 할 것이다. 여기서 도출되는 목적으로 ‘특정 집단에 대한 폭력행위 선동 등의 방지’를 들 수 있다.

그 외 국가 안전보장과 관련하여서는 정보통신망법 제44조의7 제1항 제7, 8호에서 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀 누설 행위, 국가보안법에서 금지하는 행위 관련 정보의 유통을 규제하고 있고 국가보안법에서는 위와 같은 행위의 형사처벌도 규정하고 있으므로, 이 부분과 관련하여서는 추가로 중복하여 규제할 필요까지는 없다고 보인다.

위와 같이 ‘공정한 선거질서’, ‘국민의 보건권 및 생명권’, ‘특정집단에 대한 중대한 폭력행위 선동에 대한 방지’는 허위조작정보를 규제하는 입법목적에 구체화한 것으로 규제법률이 위와 같이 특정된 공익을 보호하기 위한 것임이 인정되어야 규제의 합헌성이 인정될 가능성이 높아질 것이다.

다. 특정 공익에 대한 중대한 위해를 야기할 명백하고 현실적인 위험

1) 명백하고 현존하는 위험

미국연방대법원은 표현의 자유를 규제하는 입법의 합헌성 심사기준으로 ‘명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 원칙’이 인정되어야 한다는 기준을 제시하였던바 있다.

미국연방대법원은 Schenck v. United States 판결¹⁶⁶⁾에서, 징병에 반대하는 전 단지를 돌린 행위가 고의로 징병을 방해하는 행위를 처벌하는 방첩법(Espionage Act) 위반에 해당한다는 이유로 기소된 사건에서, “중요한 것은 그 표현이 어떤 상황 하에서 행해져서 연방의회가 방지할 권한을 가지는 실질적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 발생시킬 성격을 갖느냐이다. 그것은 ‘근접성과 정도’의 문제이다. 평화 시에는 꺾음을 표현도 전쟁 중에 행해지면 전쟁 노력에 큰 방해가 되어 허용되지 않을 수 있다.”라고 판시하였다.¹⁶⁷⁾ 여기서 ‘실질적 해악’이란 국가가 방지할 필요가 있는 이익에 대한 침해나 위협을, ‘명백성’이란 표현과 해악 발생간의 명확한 인과관계의 존재를, ‘현존성’이란 자유토론에 맡겨서는 그 해악의 발생을 방지할 수 없을 정도로 위험의 발생이 시간적으로 근접한 것임을 요구하는 것이다.¹⁶⁸⁾

그 후 미국에서는 ‘명백하고 현존하는 위험’이 ‘명백하고 있을 수 있는 위험(clear and probable danger)’으로 후퇴하기도 하였으나¹⁶⁹⁾ Brandenburg v. Ohio 사건¹⁷⁰⁾에서 미국연방대법원이 “폭력 선동을 처벌하기 위해서는 불법적 행동이 의도되고 그 발생이 급박한 것이어야 한다(intent to incite imminent lawless action)”고 함으로써 명백하고 현존하는 위험의 원칙의 요건을 다시 구체화하였다.¹⁷¹⁾

이 원칙에 대하여 국내 학계에서는 표현의 자유의 합헌성 판단 기준을 제시한 것으로 보는 가운데¹⁷²⁾ 우리 법체계에서 위 원칙을 독자적인 심사척도로 수용하는 것은 과잉금지원칙과 규율 영역이 중복되어 체계정합성 면에서 바람직하지 않고 그것 보다는 과잉금지원칙 중 세부 요소로서 법익균형성을 판단하는 하위 기준으로서 이

166) Schenck v. United States 249 U.S. 47 (1919).

167) 임지봉, “명백·현존하는 위험의 원칙과 표현의 자유”, 공법연구 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006. 6., 172면.

168) 임지봉, “명백·현존하는 위험의 원칙과 우리 나라에서의 적용 실제”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2006, 120면.

169) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951).

170) Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969).

171) 임지봉(각주 166), 앞의 글, 185면.

172) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020., 1250면; 임지봉, 앞의 글(각주 167), 123면.

를 활용할 수 있다고 보기도 한다.¹⁷³⁾

헌법재판소는 위 원칙에 관하여 국가보안법 제7조 제1항¹⁷⁴⁾ 등에 관한 위헌심판 사건에서, “국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양·고무·동조 그리고 이롭게 하는 행위 모두가 곧바로 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 것이 아니므로 그 행위일체를 어의대로 해석하여 모두 처벌한다면 합헌적인 행위까지도 처벌하게 되어 위헌이 되게 된다는 것은 앞서 본 바이다. 그렇다면 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이라 하겠다. 여기에 해당되는가의 여부는 제7조 제1항 소정의 행위와 위험과의 근접정도도 기준이 되겠지만 특히 해악이 크냐 작으냐의 정도에 따라 결정함이 합당할 것이다. 국가보안법 제1조는 “이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 결국 국가보안법은 국가의 안전을 보장하고 자유민주적 기본질서의 파괴에 대처하기 위한데 그 목적이 있는 것이므로 위에 밝힌 제한해석은 그 입법목적에도 부합하는 것이 될 것이다. 구 국가보안법(1958.12.26. 법률 제500호) 제2조에서도 “본 법은 헌법에 보장된 국민의 권리, 자유와 밀접한 관련이 있으므로 본 법을 적용하고 해석함에 있어서는 국민이 향유하는 모든 권리와 자유가 부당하게 제한되는 일이 없도록 특히 주의하여야 한다.”고 규정된 것을 상기할 필요가 있다. 이처럼 입법목적 등 합리적 기준으로 위 다의적인 규정을 한정적 제한해석을 할 때 제7조 제1항의 보호법익을 살리면서도 전면 위헌의 문제를 피할 길이 열릴 것이며 이로써 언론·출판의 자유나 학문·예술 또는 양심의 자유의 위축문제나 이와 같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 것이고, 허용될 행위와 금지되는 행위의 기준제시로 법운영 당국의 제도외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태는 피해질 것이며, 이 정도의 기준제시로 처벌범위를 좁히면 외국의 입법례나 판례·학설에 비추어 법운영 당국의 해석권에 의하여 제도 본지를 충분히 살릴 수 있

173) 이우영(2012), 앞의 글, 306면.

174) 국가보안법 제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

을 것으로 처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어지고, 나아가 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것이다”(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정)라고 하여, 문제된 규정을 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우’로 제한해석하였던 바 있다.

위 사건에서 1인의 헌법재판관은 “표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있어 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위험의 원칙)”라고 하여, 해악을 초래할 위험이 명백할 뿐 아니라 현실적인 것이어야 한다는 해석을 제시하였다.

2) 허위조작정보 규제 입법의 경우

위 명백하고 현존하는 위험의 원칙은 허위조작정보 규제 입법에서 중요하게 고려되어야 할 요소이다.¹⁷⁵⁾ 즉 해당 정보와 특정 공익에 대한 해악 사이의 인과관계가 존재하고 그 위험 발생이 시간적으로도 근접한 경우에 해당하여야 한다. 사람들을 기망할 의사로 언론보도인 것처럼 허위사실을 작성하여 그와 같은 허위조작정보가 광범위하게 유포되었다 하더라도 그 내용으로 보아 사람들이 기망당할 가능성이 적다거나, 기망당하더라도 그로 인하여 사람들이 단시간 내에 직접 어떤 행동에까지 옮길 것으로는 보이지 않는 경우에는 문제되는 공익에 중대한 위해가 발생할 위험성이 적다고 볼 수 있고, 그와 같은 경우까지 표현의 자유 침해 위험성을 무릅쓰면서까지 규제해야 할 필요가 있다고 볼 수는 없다.

따라서 허위조작정보의 규제 입법이 합헌적이라면 입법목적의 구체화 단계에서 특정한 공익, 즉 공정한 선거질서, 국민의 보건권 및 생명권, 특정집단에 대한 폭력

175) 위 원칙에 대해 허위조작정보로 인한 사회적 법익 침해의 명백성과 현존성이 앞으로 판례를 통해 축적될 수 있다면 미국에서 준용된 원칙이라 할지라도 사회적 법익 침해 억제에 유용한 잣대로 이용될 수 있다고 보면서, 허위조작정보로 인해 초래되는 명백하고 현존하는 위험이란 논평이나 사실, 의견이 아닌 스트레이트 뉴스 형식의 허위사실로 구성된 정보로서 미래가 아닌 현재 발생하는 심각한 사회적 혼란이나 위기를 의미한다고 보기도 한다[유익선, 앞의 글, 59면].

행위 선동에 대한 방지 등에 중대한 위해를 야기할 명백하고 현실적인 위험이 인정되는 경우에 해당하여야 할 것이다. 위와 같은 기준을 입법에서 규제 기준에 포함하여야 과잉금지원칙 심사에 있어 최소침해성이나 법익균형성 원칙에 위배되지 않을 수 있을 것이다.¹⁷⁶⁾

구체적인 사건에서 위와 같은 명백하고 현실적인 위험이 인정되려면 그 기망의 정도, 기망행위의 방식, 표현된 내용 등을 검토해야 할 것이다. 만일 특정 사안에서 어떤 정보가 허위 계정 등을 이용하여 자동화되어 혹은 대량으로 급속도로 유포되고 있고 해당 정보로 인하여 사람들의 어떤 행위에 영향을 미칠 가능성이 높다면 그와 같은 위험성이 인정될 가능성이 높아질 것이다. 전문가의 의견을 인용한다는 등 정교하게 조작되어 기망당하기 쉽게 만들어졌고 즉각적인 행동을 촉구하는 내용의 경우에도 그와 같은 위험성이 인정될 가능성이 높아질 것이다.

제 2 절 허위조작정보의 형사상 규제에 대한 헌법적 검토

1. 찬반 논의

허위조작정보에 대한 규제 입법에서 중요하게 논의되는 것이 작성자나 유포자에 대하여 형사처벌을 통하여 규제하는 방안이다. 이에 대하여는 대체로 표현의 자유 침해가 될 우려를 표하는 견해가 많은 와중에 특정한 경우에 예외적으로 허용될 수 있다고 보는 견해가 있다.

지성우는 현대 민주국가에서 허위사실 유포 자체만으로 처벌하는 입법례는 거의 없고 허위사실 표현이 공익을 해하거나 민주주의 발전을 저해한다고 단정할 수도 없으며, 허위사실의 표현이라는 것을 판단하기도 쉽지 않다는 점 등을 고려하여 보면 이를 처벌의 대상으로 삼는 것은 온당하지 않고 다만 유사 언론으로서의 기능을 수행하는 개인이나 정보통신서비스제공자들의 책임을 강화하는 방향을 고려할 수

176) 이를 규제 입법의 합헌성 심사 단계에서 하나의 기준으로 고려하여 볼 수도 있으나 우리나라 헌법 재판소 결정례에서는 위 국가보안법 제7조 제1항 등에 관한 위헌심판사건에서의 결정을 제외하고 아직까지 위 원칙을 명시적으로 사용하는 것으로 보이지는 않고[이우영(2012), 앞의 글, 305면], 헌법재판소 또는 법령을 시행하는 주체의 해석을 통해 위 원칙을 간접적으로 적용하기보다는 선제적으로 규제 기준에 포함하여 명확히 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

있다고 보았다.¹⁷⁷⁾ 박아란은 제출된 법률안을 검토하여 허위조작정보 작성자 내지 유포자를 처벌하는 것은 과잉금지원칙을 위반하게 될 가능성이 높고 기존의 형법과 정보통신망법을 최대한 활용하여 규제할 수 있으며, 막연히 ‘공익을 해하는 허위통신’을 규제하게 되면 비판적인 정치적 표현을 억압할 가능성이 높다는 등의 이유로 규제에 대하여 우려를 표하고, 법을 통한 규제는 최후의 수단으로 작동되어야 한다고 보았다.¹⁷⁸⁾ 황창근은 기존 법률로써 허위조작정보에 대해 충분히 대처할 수 있고 새로운 규제 입법은 명확성 원칙에 위배될 소지가 크며 플랫폼사업자에게도 과도한 의무를 부과할 수 없다는 등의 이유로 규제에 반대하는 견해를 피력하였다.¹⁷⁹⁾ 이성대는 표현의 자유는 최대한 보장되어야 하고, 헌법재판소는 구 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌 사건에서 이미 위헌결정을 한 바 있으며, 공직선거법·정보통신망법 등에서 허위조작정보를 규제할 수 있는 여지를 두고 있다는 등의 이유로 규제를 추가로 한다는 것은 불필요하다고 보았다.¹⁸⁰⁾ 이준형도 그동안 허위조작정보를 직·간접적으로 규제해온 법제가 있어 추가적인 입법은 불필요하다고 보았다.¹⁸¹⁾

노동일·정완은 허위조작정보는 전통적인 방식의 규제에 관한 논의보다 정보와 뉴스 생산자, 유스 이용자, 뉴스 매개자, 등 모두의 노력이 필요하고 각자의 영역에서 허위조작정보를 걸러내기 위한 역할을 다하여야 한다고 주장하였다.¹⁸²⁾ 김민정(2019)은, 허위조작정보는 정보를 생산하여 유포하는 행위자의 문제일 뿐 아니라 뉴스 미디어, 플랫폼, 기저에 깔린 네트워크, 알고리즘 등 해당 정보를 유통시키고 증폭시키는 구조의 문제로 접근해야 하고 기존의 법률에서 다양한 법적 대응 장치가 존재하므로 추가 입법의 필요성이 없다고 보았다.¹⁸³⁾

한편 이원상은 일반적으로 허위조작정보 행위자를 처벌하는 것은 표현의 자유 침해와 명확성원칙 침해가 문제될 수 있으므로 심각한 전시나 자연재해, 국가비상사태 등이 발생한 경우 국가가 유포를 금함과 더불어 처벌이 가능하도록 규정할 수 있다고 보았다.¹⁸⁴⁾ 오일석·지성우·정운갑은 허위조작정보에 대하여 구체적인 구성요

177) 지성우, 앞의 글, 157 내지 192면.

178) 박아란, 앞의 글, 149 내지 149면.

179) 황창근, “가짜뉴스에 대처하는 법적 방안”, 언론중재 2017년 봄호, 언론중재위원회, 2017. 3., 26 내지 37면.

180) 이성대, 앞의 글, 65 내지 93면.

181) 이준형, 앞의 글, 125 내지 126면.

182) 노동일·정완, “가짜뉴스의 합리적 규제에 관한 고찰”, 慶喜法學 제53권 제4호, 경희대학교 법학연구회, 2018. 12., 215 내지 246면.

183) 김민정(2019), 앞의 글, 43 내지 81면.

건이나 위법성조각사유에 관한 심도 있는 논의를 하여 처벌규정을 도입할 수 있다고 한다.¹⁸⁵⁾ 김라이는 허위조작정보를 형사적으로 규제하는 것은 아주 불가피한 경우를 제외하고는 바람직하지 않으나, 다만 의도성을 가지고 허위조작정보를 유포하였으며 그 결과 즉각적이고 회복 불가능한 사회적 피해가 실질적으로 발생하였거나 발생할 가능성이 상당함을 입증한 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 한다고 보았다.¹⁸⁶⁾ 이문한은 코로나19 상황에서 허위조작정보로 인하여 입게 된 피해가 크고 향후에도 또다시 국가적 위기 상황이 닥칠 수 있으며, 비형사적 규제만으로는 강제적 수단을 동원하기 어려워 악의적 정보생산자를 신속히 밝혀내기 쉽지 않고 상당한 시간이 걸린다는 등의 한계가 있으므로, 심각한 국가의 위기 상황에서 국민 생명권과 건강권에 관련된 허위사실을 유포함으로써 사회질서 혼란과 공공의 이익을 해하는 허위조작정보의 경우 형사적 규제가 필요하다고 보았다.¹⁸⁷⁾ 김가희는 허위조작정보 유통을 효과적으로 막기 위한 수단으로 형사제재가 필요하고 행정적 규제나 자율규제만으로는 위와 같은 유통을 제어하기 어렵다고 보았다.¹⁸⁸⁾ 배태준은, 자율규제의 한계가 드러나고 있는 현실에서는 죄형법정주의 원칙에 맞게 최대한 구체적인 용어를 통해 행위 유형을 특정하여 해석의 명확성을 높이고 초과적 구성요건으로 실질적 피해나 악의적 목적이 있는 경우로 한정함으로써 형벌적 수단이 보조적으로 활용될 수 있도록 하는 것 역시 고려해볼 수 있다고 보았다.¹⁸⁹⁾ 유의선도 자율규제가 제대로 작동하기 위한 시장 여건 조성도 중요하지만 부득이한 경우 필요최소한의 공적 규제가 병행되어야 한다고 보고, 그와 같은 형사처벌규정에는 명확성 원칙에 위배되지 않을 수 있는 구성요건과 위법성조각사유 등이 명시되어야 한다고 보았다.¹⁹⁰⁾

위에서 본 연구 중에는 국내 현행법으로 허위조작정보를 상당 정도 규제할 수 있

184) 이원상, “허위사실유포에 대한 형법의 대응방안 고찰-소위 ‘가짜뉴스(fake news)를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제62호, 2019. 3., 35 내지 68면

185) 오일성·지성우·정운갑, “가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018. 4., 157 내지 193면.

186) 김라이, 앞의 글, 93 내지 94면.

187) 이문한(2021), 앞의 글, 209 내지 211면; 또한 위의 글에서는 규제 규정 형식으로 ‘국가안보, 국민보건, 국가경제 등 공공의 이익에 중대한 영향을 미치는 사항에 대하여 언론의 형식 등 신뢰성을 갖춘 것으로 포장된 허위사실을 유포하여 심각한 사회혼란이나 갈등을 유발한 경우’를 제시하고 있다 [이문한(2021), 위의 글, 235면].

188) 김가희, 앞의 글, 77 내지 79면.

189) 배태준, “가짜뉴스(허위조작정보)에 대한 현재의 규제와 향후 규제방향에 대한 소고”, LAW & TECHNOLOGY 제17권 제4호(통권 제94호), 서울대학교 기술과 법 센터, 2021. 7., 93 내지 109면.

190) 유의선, 앞의 글, 62면.

다고 보고 표현의 자유 침해를 우려하고 있는 연구가 많고, 형사적 규제가 예외적으로 허용될 수 있다고 보는 견해도 특정한 상황으로 제한하여 규제되어야 한다고 보고 있음을 알 수 있다. 여기서는 앞서 제시한 허위조작정보의 개념 요소와 특정된 공익에 대한 명백하고 현실적인 위협이라는 규제 기준을 따라 형사적 규제 입법을 할 경우 그와 같은 입법이 명확성 원칙과 과잉금지 원칙에 위배되지 않는지에 관하여 검토해보기로 한다.

2. 명확성 원칙 관련 검토

허위조작정보를 형사적으로 규제하게 될 경우 명확성의 원칙이 더 중요하게 부각된다. 명확성의 원칙이 표현의 자유 제한 법률에서만 아니라 죄형법정주의의 원칙에서도 요청되기 때문이다. 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다.

헌법재판소는 위에서 본 정보통신망을 이용한 사실적시 명예훼손죄 사건에서, “표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래 기능을 상실케 한다. 따라서 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다. 한편, 이러한 명확성 원칙은 죄형법정주의 원칙에서도 요청된다. 즉 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되는 죄형법정주의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다(헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109등 참조)”(헌법재판소 2016. 2. 25. 2013헌바105 등 결정)고 하면서 “심판대상조항은 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자를 형사처벌하도록 함으로써 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 죄

형법정주의 원칙에서 과생되는 명확성 원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 요구되는 엄격한 의미의 명확성 원칙을 충족하여야 한다”고 보았다.¹⁹¹⁾

앞서 개념정의와 규제 기준에서 본 바를 종합하여 ‘다른 사람들을 기망할 의사로, 공정한 선거질서, 국민의 보건권 및 생명권에 중대한 위해를 야기하거나, 특정집단에 대한 중대한 폭력행위를 야기할 명백하고 현실적인 위험이 인정되는 허위조작정보를 언론 보도 형식으로 유통하는 경우’로 규정하고, 개념에서의 언론보도의 형식과 규제기준에서의 명백하고 현실적인 위험에 관하여 구체적인 예시규정(예를 들어 허위 계정 등을 이용하여 자동화 혹은 대량으로 유포하는 방식을 사용하는 등)을 제시한다면 일응 명확성의 원칙에 위배되지 않을 수 있을 것으로 보인다.

3. 과잉금지 원칙 관련 검토

허위조작정보 작성자 내지 유포자를 형사처벌하는 경우 과잉금지 원칙에 위배될 위험성에 관하여 본다. 먼저 목적의 정당성에 관하여는 위에서와 같이 목적을 특정화하고 구체화한다면 정당성이 인정될 수 있을 것으로 보이고, 수단의 적합성에 관하여도 형사처벌이 가지는 위하력을 생각할 경우 어렵지 않게 인정될 것으로 보인다.

최소침해성, 법익 균형성 원칙과 관련하여 볼 때, 허위조작정보 작성자 내지 유포자를 형사처벌하는 것이 행정적 규제를 하는 경우와 비교할 때 더 유효적절한 수단이라거나 법익균형성을 충족한다고 볼 수 있을지는 의문이다. 여기서 문제되는 허위조작정보는 개인적 법익이 아니라 사회적 법익을 침해하는 내용의 정보이다. 허위조작정보로 인하여 사회적으로 벌어질 수 있는 혼란과 정치적 의사결정의 왜곡을 방지하기 위해서는 행위자에 대한 사후적인 처벌보다 문제되는 정보 자체의 유포를 단기간 내에 막는 것이 중요하다고 볼 수 있다. 헌법재판소에서도 정보통신망법상 임시조치나 불법정보 유통금지 제도에 관한 합헌성 판단을 하면서 인터넷을 통해 유통되는 정보는 종전과 비교할 수 없을 정도의 복제성, 확장성, 신속성을 가지고 있다는 점에서 유포되는 것을 막는 조치가 필요하다는 점을 강조한바 있다.

191) 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 사건에서도 “이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며 동시에 형벌조항에 해당하므로 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다”(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157등 결정)고 하였다.

또한 명확성 원칙에서 요구되는 내용을 충족하여 구성요건을 만든다 하더라도 침해되는 법익은 사회적 법익으로서 개인적 법익보다 추상적인 면이 있어 침해 여부를 둘러싸고 여러 의견이 있을 수 있어 많은 사례를 통하여 그에 관한 해석이 축적되는 기간이 필요하다. 반면 허위조작정보 작성자나 유포자에 대하여 형사처벌을 하게 되면 그로써 곧장 개인의 신체적·재산적 기본권에 중대한 제한이 뒤따르게 되어 과잉처벌의 위험성이 따른다. 또한 행위자의 주관적 인식과 관련하여서도 현실적으로 사법작용을 할 때에는 허위성의 인식과 기망 의사에 관하여 미필적 고의가 인정됨에 따라 허위사실에 대한 인식이나 기망 의사가 명확하지 않은 사안에서도 고의가 추단되어 범죄 성립 범위가 상당히 확대될 수 있다.¹⁹²⁾ 그로써 처음 입법취지와 달리 사람들이 인터넷 게시판이나 사회관계망서비스에서 게시하는 게시물들 중 상당 부분이 허위조작정보에 해당하여 처벌되는 것으로 운용될 우려가 남게 된다. 이는 종래 헌법재판소에서 우려해왔던 표현의 자유의 위축효과가 훨씬 강화되는 결과를 불러올 수 있다.

나아가 허위조작정보에 관하여 형사처벌까지 하게 되면 심한 반발과 또다른 사회갈등을 불러일으켜 그로 인한 사회적 분쟁이나 그 비용이 심화될 수 있고, 우리 사회가 충분히 성숙하여 정부가 형사처벌을 통한 규제를 악용할 우려가 적다고 자신하기 어려운 면도 있다.

4. 소결

위와 같은 점을 고려하여 볼 때, 허위조작정보 규제에 관하여 유포자 뿐 아니라 작성자라 하더라도 그를 형사적으로 처벌하는 것은 침해의 최소성, 법익 균형성 원칙에 위배되어 과잉금지원칙에 위배된다고 판단될 가능성이 높다.

제 2 절 허위조작정보에 대한 합헌적 행정 규제 방안

1. 행정적 규제에 대한 찬반 논의

허위조작정보를 규제하는 또다른 방법은 행정적 규제 방안이다. 위 방안과 관련

192) 한위수 변호사의 언론의 자유와 재판 강의, 사법연수원, 강의 개인 기록, 2022. 5. 3.

하여서 상당수의 연구가 검열이 될 위험성을 제기하고 표현의 자유가 침해될 것을 우려하며 자율규제 방안을 대안으로 제시하고 있는 한편, 필요최소한도의 공적 규제가 이루어져야 한다는 연구도 있다.

최지수·윤석민은 관련 입법안을 검토하여 볼 때 심의위원회는 사실상 행정기관으로 심의위원회에게 허위조작정보인지를 판단하고 처벌을 강제할 수 있는 권한을 부여하는 것은 표현의 자유를 침해할 수 있다고 보았다.¹⁹³⁾ 박상민은 제안된 입법안을 검토하여 행정지도 방식을 통해 정보통신망서비스 제공자의 자율적 이행을 촉진하고 과징금 등 행정벌을 부과하는 것은 유보함이 타당하다고 보았다.¹⁹⁴⁾ 최민식은 온라인서비스제공자가 일반적인 감시의무나 판단의 주체가 되는 것은 타당하지 않고 과도한 규제는 기업의 경쟁력을 약화시키는 부담으로 작용할 것이라고 보았다.¹⁹⁵⁾ 고성수는 입법안을 검토하여, 정보통신사업자에 대한 규제도 표현의 자유, 사전검열금지 원칙, 과잉금지 원칙 등을 위반할 가능성이 높고 국외 사업자와 비교하여 역차별 문제도 일어날 수 있다고 보았다.¹⁹⁶⁾ 이권일은 사회관계망서비스가 허위조작정보의 유통 통로라 하더라도 서비스 제공자에게 삭제 등의 책임을 강제하는 것은 사적 검열을 강제하는 것이 되어 헌법적으로 정당화하기 어렵고 다만 선거와 관련하여서는 예외적으로 서비스제공자를 통해 정보의 유통이 금지되도록 하는 조치가 필요하다고 보았다.¹⁹⁷⁾

한갑운·윤종민은 정보매개자의 역할이 점점 증대되는 현실을 감안하여 독일과 같이 정보매개자를 직접적으로 규제할 수 있는 법률의 도입을 고려하여, 정보매개자에게 허위조작정보의 모니터링과 그 예방조치를 하도록 의무화하고, 이를 위반할 경우 일정한 제재를 가할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다고 보았다.¹⁹⁸⁾ 이정념은, 정보통신서비스제공자와 국가기관이 협업하여, 사업자는 불만사항 신고를 받고 국가기관이 차단 내지 삭제 여부를 결정하는 체계를 제시하였다.¹⁹⁹⁾ 김연진은, 향

193) 최지수·윤석민, 앞의 글, 151 내지 152면.

194) 박상민, “인터넷상 허위조작행위에 대한 합리적 규제방향 -관련 현행법 및 입법안 검토를 중심으로”, 법학연구 제19권 제3호, 한국법학회, 2019. 9., 1 내지 24면.

195) 최민식, “온라인서비스제공자의 가짜정보 대응과 법제 개선방안 연구”, 교육법학연구 제30권 제3호, 대한교육법학회, 2018. 12., 155 내지 184면.

196) 고성수, “가짜뉴스 규제법안 실효성에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울과학기술대학교, 2019., 51 내지 52면.

197) 이권일, 앞의 글, 101 내지 103면.

198) 한갑운·윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, 과학기술과 법 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2017. 6. 59 내지 86면.

199) 이정념, “인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점”, 法曹 Vol. 731, 법조협회, 2018. 10., 421 내지 422면.

후 입법은 플랫폼 사업자의 책임강화 방안에 집중하되 표현의 자유와의 조화를 도모하는 방안을 모색해야 하고, 규제된 자율규제의 측면에서 정부와 민간영역의 협력적 법제정이 요구된다고 보았다.²⁰⁰⁾ 오일석·지성우·정운갑은 정보통신서비스 제공자들에 대하여 책임을 부과하는 규정 도입을 검토할 필요가 있다고 보았다.²⁰¹⁾ 정영주·홍종윤·박유진은 감염병과 같은 심각한 사회적 재난 상황에서 국민의 신체와 건강에 직접적 위해를 미치고 공동체의 안위를 명백하게 위협하는 허위조작정보에 관한 표현의 제한은 사회질서 또는 공공복리라는 헌법적 가치에 위배되지 않을 가능성이 크다는 전제하에 필요 최소한도의 규제 범위를 면밀하게 설계하고 규제의 명확성을 확보해야 한다고 보았다.²⁰²⁾

2. 행정적 규제의 필요성

행정적 규제에 반대하는 견해는 국가가 개인의 표현행위에 개입하는 것이 가져오는 위험성을 우려하는 것이 주된 이유로 보인다. 이와 같은 우려는 충분히 수긍이 가는 면이 있다. 그러나 한편으로 현재에는 기술의 발달로 허위조작정보가 작위적으로 또는 자동화 기술을 통해 대량으로 유포될 수 있고, 경우에 따라서는 이를 악용하여 심각한 사회적 혼란을 불러일으킬 수 있어 이를 단순히 사상의 자유시장에 맡긴다거나 반박 자료를 게재하는 것으로는 충분하다고 보이지 않는다. 따라서 준사법적 절차를 통해 국가의 자의적인 개입을 최소화하는 방식의 행정적 규제를 모색해 볼 수 있다.

행정적 규제와 관련하여 우리 공직선거법 등 법제상 여러 법률에서 허위조작정보 등에 대하여도 우회적으로 규제될 수 있는 장치가 마련되어 있고, 좀더 직접적으로는 정보통신망법 제44조의7에 불법정보 유통제한 조치가 규정되어 있으며 심의규정에 사회적 혼란을 야기하는 정보의 경우 제한할 수 있도록 되어 있기도 하다. 그러나 그와 같은 관련 규정이나 행정규칙 등을 통하여 우회적으로 제한하는 것보다는 정보통신망법을 위시한 법률에 허위조작정보의 개념에 관한 명확한 규정을 두고 규제 관련 절차를 정비하는 것이 바람직하다.

허위조작정보를 행정적으로 규제할 때에도 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙이

200) 김연진, “허위조작정보 규제에 관한 헌법적 연구”, 박사학위논문, 성균관대학교, 2021.

201) 오일석·지성우·정운갑, 앞의 글, 157 내지 193면.

202) 정영주·홍종윤·박유진, 앞의 글, 89면.

준수되어야 함은 물론이다. 표현의 자유의 중요성을 고려할 때 형사처벌 등 법적 제재가 수반되지 않더라도 만일 해당 공권력의 행사가 표현의 자유를 위축시켜 상대방으로 하여금 스스로 표현행위를 자제하게 만드는 결과, 이른바 위축효과(chilling effect)를 초래한다면 그 공권력 작용은 그 정도에 따라 표현의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수도 있다(헌법재판소 2008. 1. 17. 선고 2007헌마700 결정 참조).

위에서 본 허위조작정보의 개념, 규제 기준 등을 고려하여 ‘다른 사람들을 기망할 의사로 공정한 선거질서, 국민의 보건권 및 생명권에 중대한 위해를 야기하거나, 특정집단에 대한 중대한 폭력행위를 야기할 명백하고 현실적인 위협이 인정되는 허위조작정보를 언론 보도 형식으로 유통하는 경우’라고 정의하고 구체적인 예시 규정을 제시함으로써 명확성 원칙에 위배되지 않도록 규정할 수 있을 것으로 보인다. 나아가 과잉금지원칙과 관련하여서 볼 때 정보통신망법 제44조의7을 기초로 하되 위 원칙에 위반되지 않도록 설계할 필요가 있다. 비록 정보통신망법 제44조의7, 방통위법 제21조 제4호에 관하여 헌법재판소로부터 모두 명확성 원칙, 과잉금지 원칙에 위배되지 않는다는 판단을 받은 바 있으나 허위조작정보 규제에 있어서는 표현의 자유 침해에 대한 높은 우려가 지속적으로 제기되어 온 점을 생각할 때, 새로운 규제 입법에서는 기존의 불법정보 유통금지 절차에 있어서 제기되어왔던 비판을 고려하여 개선할 필요가 있다.

3. 행정적 규제 절차의 구성

가. 규제의 주체

1) 규제 행위자

행정적 규제의 경우 정보통신망법 제44조의7과 같이 행정청이 주체가 되어 규제 대상이 되는 허위조작정보에 해당하는지를 판단하여 그에 따른 조치를 정보통신서비스 제공자 등에게 명하는 방법이 있고, 정보통신서비스 제공자 등이 주체가 되어 이를 판단하여 처리하고 그와 같은 절차가 제대로 이루어지고 있는지에 대하여 행정청이 감독, 관리하는 방법이 있다.

전자와 같이 행정청이 주체가 되는 방식에 관하여는 행정청이 내용의 허위성을 판단한다는 데 대한 비판이 많고 해외에서의 대응 방식도 정보통신서비스 제공자

등의 자율 규제를 전제로 행정청은 이를 감독하는 역할을 하는 경우가 있어, 행정적 규제를 하더라도 후자와 같이 자율 규제를 기반으로 한 방식이 많이 소개되고 있다. 이는 독일의 사회관계망법집행법에서 취하고 있는 방식이라 할 수 있고, 제20대 국회에 제출된 강효상 의원안도 그와 같은 방식을 제안하고 있다.²⁰³⁾ 그러나 후자와 같이 정보통신서비스 제공자 등이 주체가 되는 방법을 취할 경우 정보통신서비스 제공자 등에게 과도한 업무를 부담시키는 것이 되고 사실상 사적 검열에 해당한다는 비판 또한 제기되어 왔다. 사업자 측에서는 허위조작정보 규제와 같이 특정된 피해자가 존재하지 않는 상황에서 규제 대상에 해당하는지 판단하기 용이하지 않고 근거가 되는 자료 수집에서도 어려움을 겪게 될 수 있다. 또한 정보통신서비스 제공자마다 내부적인 처리 기준이 다르다면 어떤 서비스 체제 하에서는 유통이 가능한데 어떤 서비스 체제 하에서는 유통이 금지되는 경우가 발생할 수 있는데, 이러한 경우 규제의 실효성 자체가 없어진다는 문제가 있다. 정보통신서비스 제공자 등은 만일 대상 정보가 규제 대상에 해당한다고 판단하더라도 사람들의 관심을 끌고 조회 수가 높은 정보라면 이를 삭제하는 것을 주저하게 될 수 있고 경쟁관계에 있는 다른 제공자 등이 이를 삭제하지 않을 경우 그러한 경향은 더 강화될 수 있다.

위와 같은 점, 즉 규제 기준의 명확성, 일관된 적용을 통한 기준 확립의 필요성 등을 위해서는 규제 대상에 해당하는지를 판단하는 주체를 통일하는 것이 바람직할 것이다. 나아가 판단 주체를 행정청이 아닌 민간 기구로 할 경우 정보통신서비스 제공자 등이 민간 기구의 판단에 따르는 것에 동의해야 운용될 것인데 이를 강제하는 것이 쉽지 않다. 또한 사후 구제방안에 있어서도 행정청을 상대로 그 처분의 취소, 변경 등을 구하는 것이 더 간명한 면도 있다. 사실상 공적 역할을 담당하게 되는 민간 기구의 결정에 따른 정보통신서비스 제공자 등의 조치에 관하여 해당 이용자가 다룰 수 있으려면 해당 이용자와 정보통신서비스 제공자 등 사이의 약정이 중요한 기준이 될 것인데 그와 같은 약정에 이의 절차에 관한 내용이 미비할 경우 정보 게재자로서는 약정 위반을 다투기가 쉽지 않게 된다. 또한 많은 경우 정보서비스사업자가 다수의 이용자와 사이에 동일한 내용의 약정서를 사용할 것이기에 약정서에 이의 절차에 관한 규정이 제대로 없더라도 이용자는 그에 관하여 개별적으로 규정을 들 것을 요구하지 못하게 될 가능성이 크다. 결과적으로 정보 작성자 등

203) 강효상 의원 등 14인, 앞의 입법안, 3 내지 13면.

은 정보가 삭제 처리된 경우 정보통신서비스 제공자 등을 상대로 원상회복될 것을 구하거나 우회적으로 민사상 손해배상청구를 구할 수 있을 뿐인데, 정보통신서비스 제공자의 판단이 명백히 잘못된 경우가 아닌 이상 위 제공자의 고의, 과실이나 위법성, 판단기준 위반 등이 인정되기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

행정청이 주체가 되어 규제하는 경우 행정청에 의한 검열에 해당한다는 비판에 관하여 살펴본다. 헌법 제21조 제2항에는 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 되어 있으나, 여기서의 검열에 대하여 헌법재판소는 “명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다”(헌법재판소 2001. 8. 30. 2000헌가9)고 하면서, ① 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, ② 행정권이 주체가 된 사전심사절차, ③ 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 ④ 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에 헌법에서 금지하는 검열로 보았다. 따라서 정보통신망법 44조의7의 불법정보 유통금지 규정과 같이 정보통신망에 정보를 공개된 후 심의위원회에서 심사를 한다면 이는 헌법에서 금지하고 있는 사전검열에 해당하는 것은 아니므로 일응 헌법에 규정된 사전검열금지 원칙에 위배되는 것은 아니다.

2) 심의위원회의 구성 문제

비록 심의위원회와 같은 행정청에서 문제된 정보의 허위성과 해당 정보가 특정 공익을 해할 명백하고 현실적인 위험성이 있는지를 판단하는 것이 사전검열금지 원칙에 위배되지 않는다 하더라도 결과적으로는 정부기관의 입맛에 맞는 정보만 유통하는 것을 허용하는 것으로 잘못 운용될 수 있어 사전검열과 유사한 효과를 가져온다는 우려는 경청할 만하다. 여기서 심의위원회의 구성에 관한 문제가 제기된다. 심의위원회의 심의위원 9인은 대통령이 위촉하는데 그 중 3인은 국회의장이 국회 교섭단체 대표의원과 협의하여 추천한 사람을 위촉하고 3인은 국회 소관 상임위원회에서 추천한 사람을 위촉하도록 하고 있어(방통위법 제18조 제3항) 각 정당에서 추천한 위원은 추천받은 정당 측에 유리하게 판정한다는 논란이 계속되어왔다.²⁰⁴⁾

204) 최종선, “방송통신심의위원회의 독립성 확보방안에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2014, 516면.

이와 같은 문제 때문에 심의위원회 구성상 독립성 확보를 위해 심의위원을 행정부·입법부·사법부에서 각 3인을 추천하는 방안이 제안된다.²⁰⁵⁾ 한편 미국의 연방통신위원회(Federal Communication Commission)는 라디오, 텔레비전, 케이블 등에 의한 주 사이의 또는 구체적인 커뮤니케이션 규제를 담당하는 기구로 대통령의 지명, 미국 상원의 인준을 받은 5명의 심의위원으로 구성되고 같은 정당 출신은 3명 미만으로 제한되며 임기는 5년이다.²⁰⁶⁾ 프랑스의 고등시청각위원회(Conseil Supérieur de l'audiovisuel)는 대통령, 하원의장 및 상원의장이 각 3명의 위원을 지명하고 규칙제정권한과 준사법권을 가지고 임기는 6년(중임 가능)으로 2년마다 3분의 1의 위원이 교체되는 것으로 하고 있다.²⁰⁷⁾

심의위원회에 대하여 독립성을 확보할 방안으로서, 상위 관리·감독기관이 없이 독립적으로 설치되고 위원의 신분보장이 되며 법령의 범위 안에서 규칙 제정권이 있는 등 강한 독립성을 부여받고 있는 선거관리위원회의 예를 들어, 계층적으로나 후견적으로 감독기관이 없고, 정부조직법이 아닌 다른 법률에 의해 독립성이 부여되지만 법인격이 없으며, 부처에 소속되지 않는 행정청을 ‘독립행정청’이라 보고, 선거관리위원회와 국가인권위원회는 이에 해당한다고 보면서, 심의위원회도 그와 같은 지위를 부여할 필요가 있다는 견해가 있다.²⁰⁸⁾ 또한 심의위원회는 작용법적 독립성이 확보되어야 하므로 심의위원회의 지위 등에 관한 개별법을 제정하여 독립규제위원회 내지 독립행정청에 준하는 법적 지위를 부여할 필요가 있고, 현행과 같이 심의위원회에서는 의결하고 방통위에서 처분하는 구조에 관하여 재고할 필요가 있다고 보기도 한다.²⁰⁹⁾

심의위원회에 대하여 방통위법 제18조 제1항에 ‘방송 내용의 공공성을 보장하고 정보통신에서의 건전한 문화를 창달하며 정보통신의 올바른 이용환경 조성을 위하여 독립적으로 사무를 수행하는’ 기관으로 규정되어 있고, 방통위법 제20조 제2항에서는 심의위원의 신분보장을 위해 장기간의 심신장애, 방통위법 제10조의 결격사유, 방통위법과 그 밖의 다른 법률에 따른 직무상 의무 위반 등 예외적인 경우에만

205) 최종선, 위의 글, 517면; 김민호·이도형, “내용심의 제재조치의 법적쟁점에 관한 연구”, 성균관법학 제29권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2017. 6., 27면도 같은 취지이다.

206) 최종선, 위의 글, 509 내지 510면.

207) 윤혜선, “프랑스 방송통신규제기구의 규제집행절차와 시사점”, 서울법학 제20권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 5., 119 및 121면.

208) 최종선, 앞의 글, 513 내지 514면.

209) 정연부, “방송통신심의위원회의 법적 지위 재구성 방안 모색”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012. 10., 385 내지 391면.

면직될 수 있다고 규정하고 있어, 심의위원회는 일응 민간독립기구를 표방하고 있으나 방통위법에 근거하여 설립되었고 운영 등 경비에 있어서 국가에 의존하며 위원 구성 역시 대통령에 의해 위촉되고 있고, 실질적으로는 행정청의 처분과 유사한 효과가 있는 시정요구를 하고 있어 행정기관으로서의 성격을 부인할 수 없다. 따라서 심의위원회를 행정기관으로 인정하여 결정이나 명령을 할 수 있도록 하면서도 인적 구성 등과 관련하여 최대한 독립성을 확보할 수 있는 조치가 필요하다. 또 한편으로는 공정한 선거질서와 관련하여 문제되는 허위조작정보에 대하여는 선거관리 위원회와의 업무권한배분을 조화롭게 할 필요가 있다.

나. 규제의 진행

1) 불법정보 유통금지 등 절차

정보통신망법 제44조의7 제3항, 방통위법 제25조 제2항에 따르면 관계 중앙행정기관의 장의 요청이 있을 경우 심의위원회는 심의를 거쳐 시정요구를 하고 시정요구가 받아들여지지 않을 경우 방통위에서 처리 거부·정지 또는 제한을 명하여야 하도록 되어 있고, 시정요구 단계와 처리 거부 등 명령 단계에서 정보통신서비스 제공자 등과 해당 이용자에게 미리 의견제출의 기회를 제공하도록 되어 있다. 또한 정보통신서비스 제공자 등과 해당 이용자는 시정요구를 받은 날부터 15일 이내에 이의신청을 할 수 있다고 되어 있다.

2) 해당 정보에 대한 신고 및 심의위원회의 결정

정보통신망법 제44조의7 제3항 규정과 같이 ‘중앙행정기관의 장의 요청이 있을 경우’와 같이 신고를 할 수 있는 자를 중앙행정기관의 장으로 하지 않는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이는 심의위원회의 판단의 자율성, 독립성 보장을 위해서이기도 하고 또 한편으로는 국가기관의 검열에 해당할 만한 요소를 최소화하는 것이 바람직하기 때문이다. 따라서 신고할 수 있는 자에게 제한을 두지는 않되 다만 정보통신서비스 제공자 등에게 신고가 없을 경우에까지 상시적으로 모니터링할 의무까지 부과하는 것은 과도하므로 신고가 접수되었을 것을 요건으로 두는 것이 바람직할 것이다.

심의위원회는 신고가 접수된 경우 정보통신서비스 제공자 등과 해당 이용자에게 의견서 제출을 촉구하고 사안에 따라 관련기관에 그 내용과 관련하여 조회서를 보

내고 그 회보를 받아 판단의 자료로 삼을 수 있어야 할 것이다. 그와 같은 자료를 취합하여 불처분 또는 해당 정보의 삭제 또는 접속차단 등의 결정을 내려 이를 정보통신서비스 제공자 등과 해당 이용자들에게 고지하도록 하되 그 결정이유를 기재한 결정문을 작성하여 고지할 필요가 있다. 이는 해당 이용자 등의 권익 보호를 위해서 뿐 아니라, 정보통신망법 제44조의7이 실제 운용됨에 있어서는 중앙행정기관의 장의 요청에 따라 판단할 경우 심의위원회로서는 그와 달리 판단하기 어려워 그 뜻에 따르게 된다는 비판²¹⁰⁾을 고려한 것이기도 하다.

3) 해당 이용자의 집행정지 신청 및 사전 경고 표시

심의위원회의 결정이 있더라도 정보통신서비스 제공자 등이 해당 이용자의 동의 없이 바로 위 결정에 따른 조치를 하도록 하면 심의위원회의 시정요구에 따라 운용될 소지가 크다는 점은 위 정보통신망법의 불법정보 유통금지 부분에서 본 바 있다. 심의위원회의 결정 후 해당 이용자의 이의신청을 실질화하는 방안이 필요하다. 심의위원회의 결정이 있을 경우 정보통신서비스 제공자 등은 그에 따른 조치를 취하도록 하되, 해당 이용자가 반대 의사표시를 명시적으로 하고 집행정지 신청을 하는 경우 집행정지 신청에 관한 법원의 결정이 이루어질 때까지 심의위원회의 결정에 따른 조치를 취하지 않을 수 있고, 이 때에는 정보통신서비스 제공자 등에게 정보통신망법 제73조 제5호와 같은 벌칙 조항이 적용되지 않도록 함이 타당하다.

다만 이후의 절차를 통해 유통금지 관련 명령이 확정될 때까지 해당 정보에 현재 관련 절차 진행 중이라는 사전 경고 표시를 부착하도록 함으로써 표현의 자유와 해당되는 공익 보호 사이에 조화를 이룰 수 있다.

4) 집행정지 결정 후의 조치

집행정지 신청이 기각되면 그 때부터는 정보서비스제공자 등은 심의위원회의 결정에 따른 의무를 부담하게 되고 벌칙 규정의 적용을 받을 수 있으며, 인용되면 심의위원회 결정에 따른 이행의무를 부담하지 않게 된다고 구상할 수 있다. 해당 이용자는 최종적으로 본안소송을 통하여 결정의 당부에 관하여 판단받을 수 있다.

5) 임시조치 규정 적용 여부와 모니터링의 필요성

210) 최종선, 앞의 글, 516면.

허위조작정보 규제와 관련하여 정보통신망법 제44조의3 임시조치 규정을 적용하는 것을 생각해볼 수도 있으나 현재에도 임시조치가 남용되는 경향이 있다는 비판을 고려할 때 이는 바람직하지 않다. 정보통신서비스 제공자 등으로서는 판단이 곤란할 경우 일단 임시조치를 취함으로써 배상책임을 면하려 할 수 있고 그러한 경우 해당 이용자에게 권한을 부여하여 이의를 실질화하려는 취지가 몰각되고 결과적으로 정보 게재자의 표현의 자유가 침해될 수 있기 때문이다.

또한 심의위원회는 허위조작정보 규제와 관련하여 신고자가 개인인지 기관인지와, 규제 횟수, 간략한 규제 내용 등에 관하여 공개함으로써 모니터링 받을 수 있도록 함이 바람직하다.

다. 실효성 확보 수단

현재 정보통신망법 제73조에서는 정보통신망법 제44조의7 제2, 3항에 따른 방통위의 명령을 이행하지 않는 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있는데, 허위조작정보 규제 입법에서 이와 같은 형사적 제재를 하게 되면 위 형사상 규제에서 본 바와 같이 과잉금지원칙에 위배될 수 있다. 구체적인 행위자도 아닌 정보를 매개하는 위치에 있는 정보통신서비스 제공자 등은 경우에 따라 과징금 등의 행정적 제재를 받는 것으로 족할 것이다. 더구나 위에서와 같이 절차를 개선하여 해당 정보를 게재한 이용자가 심의위원회의 조치를 저지할 수 있는 권한을 부여받고 절차에서 좀더 직접적인 당사자로서의 지위를 갖게 된다면 정보를 매개하는 위치에 있는 정보통신서비스 사업자 등이 심의위원회의 시정요구나 방통위의 명령을 위반하는 행위에 대한 가벌성도 달리 평가될 수 있다. 따라서 과징금을 부과하는 경우에도 과도한 액수가 되지 않도록 주의할 필요가 있다.

라. 자율규제와의 비교

위에서 구상한 행정적 규제가 목적의 정당성, 수단의 적합성 원칙을 충족시킨다 하더라도 더 완화된 형태나 방법으로 입법목적 달성이 가능하다면 침해의 최소성과 법익 균형성 원칙을 충족시킨다고 볼 수 없다. 따라서 현재 우리나라에서 진행되는 자율규제를 검토하여 행정적 규제가 자율규제와 비교하여 볼 때 최소침해성 및 법익 균형성 원칙에 위배되지 않는지 보기로 한다.

1) 현재 우리나라에서 진행되는 자율규제 조치

가) 사단법인 한국인터넷자율정책기구

해외에서 자국의 사회, 문화, 정치 환경을 반영한 공동규제 모델이 제시됨에 따라 우리나라에서도 다음커뮤니케이션 주식회사(이하 ‘주식회사’는 생략한다), 네이버, 야후코리아 등이 2008년 12월 포털자율규제 협의회를 발족하였고, 이어 2009년 3월 사단법인 한국인터넷자율정책기구(Korea Internet Self-governance Organization, 이하 ‘KISO’라 한다)가 출범하였다.²¹¹⁾

KISO가 마련한 정책규정 제8조에는 회원사는 국가기밀, 국가보안법 위반 또는 내란이나 외환 등과 같은 국가적 법익의 침해와 관련된 게시물의 경우 원칙적으로 정보통신망법 제44조의7 및 같은 법 시행령 제34조에서 정한 절차에 따라 처리하여야 한다고 하고 있다.²¹²⁾ 2018. 3. 23. 신설된 정책규정 제34조 제1항에서는 회원사는 언론사의 명이나 언론사의 직책 등을 사칭 또는 도용하여 기사 형태를 갖춘 게시물로서 내용이 허위로 판단되는 게시물이 유통되고 있음을 신고 등을 통해 알게 된 경우 이에 대해 삭제 등 필요한 조치를 취할 수 있다고 되어 있고, 같은 조 제2항에서 회원사는 제1항의 요건의 적용 여부에 대해 필요하다고 인정하는 경우 KISO에 심의를 요청할 수 있다고 되어 있다.²¹³⁾ 또한 코로나19 관련 허위조작정보에 관한 정책기준으로서, 회원사는 코로나19의 존재, 치료, 예방 및 진단, 감염, 사회적 거리두기 및 자가격리와 관련한 내용의 게시물로서 세계보건기구 또는 질병관리청에 의해 허위조작정보임이 명백히 확인된 게시물이 유통되고 있음을 신고 등을 통해 알게 된 경우 이에 대해 삭제 등 필요한 조치를 취할 수 있되 다만 이는 코로나19 관련 게시물에 한하여 제한적으로 적용되고, 표현의 자유의 가치와 중요성을 염두에 두어야 한다고 하고 있다.²¹⁴⁾

KISO의 회원사로는 현재 네이버, 카카오, 씨나인, 씨엘 커뮤니케이션즈, SK커뮤니케이션즈 등 14개 회원사가 있고²¹⁵⁾, 정관에 따르면 위 회원사들은 이사회가 정한 회비를 납부하여 기구 운영에 참여하며 정관과 강령, 이사회 의결사항을 준수할 의무를 지며(정관 제7조) 자유롭게 탈퇴할 수 있고(정관 제8조 제2항), KISO 운영

211) KISO, “(사)한국인터넷자율정책기구”, <https://www.kiso.or.kr/kiso소개/기구소개/기구정보/>, 최종확인: 2022. 3. 5.

212) KISO, “정책규정”, <https://kiso.or.kr/정책위원회/정책규정>, 최종확인: 2022. 3. 5.

213) 위와 같다.

214) KISO, “코로나19 관련 허위조작정보에 관한 정책”, <https://kiso.or.kr/알림마당/주요-공개사항/정책결정/?uid=1323&mod=document&pageid=1>, 최종확인: 2022. 3. 5.

215) KISO, “회원사 소개”, <https://kiso.or.kr/kiso소개/회원사-소개/>, 최종확인: 2022. 3. 5.

에 필요한 경비는 회비, 분담금, 후원금, 출연금, 기부금 등의 수입으로 충당한다고 (정관 제36조 제1항) 되어 있다.²¹⁶⁾

나) 각 회사의 자체적 운영정책 등

카카오는 자사 운영정책 제3항에 금지 활동으로 “허위의 정보를 입력하여 계정과 아이디를 생성·이용·탈퇴하는 행위”[①의 (1)], “비정상적으로 계정을 생성·이용·탈퇴하는 행위”[①의 (3)], “언론사의 명이나 언론사의 직책 등을 사칭 또는 도용하여 기사 형태를 갖춘 게시물 중 그 내용이 허위로 판단되는 게시물을 게시하는 행위”[②의 (21)]를 규정하고 있고, 위 운영정책에 위반할 경우 회사는 해당 이용자의 계정과 서비스 이용을 제한할 수 있다고 밝히고 있다.²¹⁷⁾ 네이버는 게시물 운영정책에 “다른 이용자를 기만할 목적으로 타인을 사칭하거나 허위사실을 주장하는 내용의 게시물”, “언론사의 명이나 언론사의 직책 등을 사칭 또는 도용하여 기사 형태를 갖춘 허위 게시물”은 게재가 제한될 수 있음을 밝히고 있다.²¹⁸⁾

다) 뉴스제휴평가위원회

네이버와 카카오는 관련 분야 15개 단체에서 추천된 30명의 위원으로 구성된 뉴스제휴평가위원회에 양사의 뉴스 제휴 매체들에 대한 평가작업 등을 위임하고, 위 위원회는 제휴 매체를 1년에 2회 심사하여 점수를 부여하며 중복·반복 기사 전송, 뉴스 저작권 침해 기사 전송 등 이용자에게 불편을 초래하는 행위가 있을 경우 사안에 따라 계약해지 조치를 권고할 수 있도록 하고 있다.²¹⁹⁾

2) 자율규제의 한계

위와 같이 시행되는 여러 조치들은 사업자들의 자율적인 규제에 이루어진다는 점에서 검열에 대한 비판에서는 자유롭지만 여러 가지 한계가 지적된다. KISO의 경우 회원사에 대한 자체 모니터링도 부재하고 규칙을 준수하지 않았을 때의 징계절차도 없으며 해외 인터넷사업자를 회원사로 확보하기 어려운 면이 있어 실효성에서

216) KISO, “사단법인 한국인터넷자율정책기구 정관”, <https://kiso.or.kr/kiso소개/기구소개/정관/>, 최종확인: 2022. 3. 5.

217) Kakao Corp., “카카오 운영정책”, <http://kakao.com/ko/oppolicy>, 최종확인: 2022. 3. 5.

218) NAVER Corp., “네이버 약관 및 개인정보 보호”, http://policy.naver.com/policy/service_group.html, 최종확인: 2022. 3. 5.

219) “네이버·카카오 뉴스 제휴 및 제재 심사 규정”, Kakao Corp., <http://news-partners.kakao.com/contents>, 최종확인: 2022. 3. 5.

의 문제가 제기된다.²²⁰⁾ 또한 KISO는 자율규제 활동이 비공개적으로 이루어지는 경우가 많아 규제 기준의 제정이나 규제 심사과정이 투명하지 않다는 등의 문제점 또한 제기된다.²²¹⁾

네이버나 카카오가 뉴스제휴평가위원회에 제휴 매체에 대한 평가를 위임하고 그 평가에 따라 제휴매체와 사이에 제휴계약을 해지할 수 있도록 한 것에 대하여도, 관련 약정과 규정에 따르면 해당 제휴매체는 뉴스제휴평가위원회의 평가결과를 신청할 때만 통보받을 수 있도록 하고, 이의를 제기할 방법이나 절차도 두고 있지 않으며, 재평가를 함에 있어서 의견제출절차도 임의적 절차로만 하고 있다는 등의 문제가 지적될 수 있어 결국 작성자 등의 권한확보 방안이 문제된다.²²²⁾

위와 같은 문제점으로 유럽연합에서의 대응방안에서 본 바와 같이 중장기적인 관점의 정책을 추진하면서 인터넷서비스사업자에게 스스로 구체적인 평가지표를 만들고 이를 보고하도록 하여 성과를 측정하고 모니터링하는 방안의 자율규제 방안이 효과적인 방안으로 제시되기도 한다.²²³⁾

3) 평가

자율규제 방법을 취하게 되면 관여자들이 모두 주체적으로 참여하고 민주적이고 창의적인 규제방법을 모색해갈 수 있다는 등의 장점이 있고 표현의 자유가 각각의 개인에게 갖는 의미를 고려할 때 궁극적으로는 자발적인 규제로 나아가는 것이 바람직한 것은 사실이다. 그러나 한편으로는 위 자율규제의 한계에서 보았듯이 자율규제에의 참여자를 확보하는 문제와 참여자들에 대해서도 스스로 규제를 강제할 수 있도록 하는 장치를 어떻게 마련할 것인지, 정보통신망서비스 사업자 등의 주체들이 규제 기준과 절차를 어떻게 만들 것인지 등의 문제는 남는다. 결국 자율규제의 가장 큰 난관은 실효성 확보의 문제라 할 수 있다.

이러한 실효성 측면에서 볼 때 자율규제만으로도 행정적 규제로 거둘 수 있는 입법목적은 충분히 실현할 수 있다는 것에는 현재로서는 동의하기 어려운 면이 있다. 또한 행정적 규제에는 공권력 작용에 의한 효율성이란 장점이 있고 행정적 규제에 관하여 여러 각도에서 비판이 제기되어 온 만큼 이를 수용하여 준사법적 절차에 기

220) 최지수·윤석민, 앞의 글, 158 내지 159면.

221) 최지수·윤석민, 위의 글, 160면.

222) 서울중앙지방법원 2021. 12. 24. 2021카합21768 결정 등.

223) 최지수·윤석민, 앞의 글, 166 내지 172면.

하여 규제하도록 하고 행정적 규제를 통한 규제의 횡수, 내용 등에 대하여 공개함으로써 이를 일반 시민들이 모니터링할 수 있도록 한다면 행정 주체에 의한 검열이 되지 않을 수 있도록 방지할 수 있다고 생각된다.

4. 소결

형사적 규제의 경우 형사처벌의 위하력을 고려할 때 공권력 행사로 인한 표현의 자유 침해 위험성이 높고 과잉금지원칙 위반 여부가 문제될 수 있다. 자율규제의 방식을 취할 경우 참여자들의 적극적인 참여 독려와 규제 수단 마련이 쉽지 않다는 문제가 있다. 결국 행정청에 의한 규제 방식을 취하되 판단 주체의 독립성을 확보하고, 행정청의 규제에 관하여 해당 이용자들이 의견을 제출하고 이의할 수 있는 기회를 실질화할 수 있도록 결정시 이유가 부가된 결정문을 통지하고, 집행정지 신청 등을 통하여 사후 구제절차를 마련하는 방안이 적절할 것으로 생각되며, 이와 같은 행정적 규제에 관하여 계속된 모니터링이 필요할 것이다.

제 5 장 결 론

제20대, 21대 국회에서는 허위조작정보 규제에 관련하여 여러 건의 입법안이 제안되었다. 정보통신망법이나 언론중재법을 개정하는 것에서부터 새로운 법률을 제정하는 것까지 다양한 형태의 안이 제시되었고, 행위자에 대하여 형사처벌하는 내용도 많았다. 비록 입법안 중에 실제로 입법까지 연결된 것은 없지만, 향후에도 상황에 따라 규제에 대한 입법이 계속 논의될 가능성은 남아 있다.

허위조작정보에 대한 규제 입법에서 먼저 문제되는 것은 그 개념을 어떻게 정립할 것인지이다. 이에 관하여는 기존의 허위사실 적시에 관한 논의를 참고하여 볼 때 허위의 사실에 해당하는 경우로서, 해당 정보 작성자 또는 게재자가 허위사실을 인식하면서도 기망할 의사로 작성한 것이고 언론보도의 형식을 갖추어 사람들을 기망하게끔 하는 내용으로 규정할 수 있다.

허위조작정보 규제에 관한 논의는 비단 우리나라에만 국한된 것이 아니다. 독일, 프랑스 뿐 아니라 유럽연합에서도 공적 규제가 논의되고 있고 실제 입법화한 나라도 있다. 이는 기술의 발달과 허위조작정보를 향유하고자 하는 사람들의 속성, 이를 이용한 경제적 이익의 발생 등 여러 가지가 맞물려 허위조작정보의 생성과 유포가 광범위하게 이루어지는 작금의 문제로 인한 것이다. 이와 같은 상황에서 공정한 선거질서, 국민의 보건권과 생명권의 보호, 특정집단에 대한 중대한 폭력행위 선동 방지 등의 공익을 보호하기 위하여 허위조작정보를 규제할 필요성이 제기된다.

해외 사례 중에 직접적으로 허위조작정보에 대한 규제를 규정하고 있는 나라는 프랑스가 있다. 다만 프랑스는 선거기간 동안에 한정하여 이를 규제하고 있다. 사회관계망서비스 제공자 등에 대하여 불법정보에 대한 처리의무를 부과하고 행정청에서 이를 감독하는 형태로 규제하고 있는 독일의 사례도 있다. 유럽연합에서는 유럽 집행위원회의 요청으로 민간기구 차원인 고위전문가그룹에서 전체적인 로드맵을 구성하고 그에 따라 이해관계자들이 참여하여 강령을 기초로 각자 문제되는 정보에 대하여 조치를 취하였으며, 매년 참여자들의 조치에 관하여 모니터링하면서 강제성이 좀더 부과될 필요가 있음을 시사하였다.

국내 현행법을 통하여서도 허위조작정보와 관련하여 우회적으로 규제가 취해질 여지는 있으나, 그보다 직접적으로 법률에 허위조작정보에 관하여 정의를 두고 합

현적인 규제제도를 마련하여 둘 필요가 있다. 그와 관련하여 명확성의 원칙이 준수되어야 할 것이고 과잉금지 원칙 중 입법목적의 정당성 또한 구체화될 필요가 있다. 나아가 규제기준으로서 특정된 공익에 대하여 중대한 위해를 야기할 명백하고 현실적인 위험이라는 요소가 필요하다. 위와 같은 점을 종합하여 선거의 공정성, 국민의 보건권 및 생명권에 중대한 위해를 가하거나, 특정 집단에 대한 중대한 폭력 행위를 일으킬 명백하고 현실적인 위험이 있다고 인정되는 정보는 규제되는 것으로 하여 규제의 목적과 기준을 마련함이 타당하다.

다만 형사상 규제의 경우 헌법적 기준에 비추어 볼 때 과잉금지원칙에 위배될 소지가 남아 있다. 개인적 법익을 침해하는 경우와 달리 사회적 법익을 침해하는 경우에는 그 침해 여부나 피해 범위가 모호한 면이 있는데 비해 형사처벌은 개인의 자유권, 재산권에 상당한 제약을 가져오는 것이기 때문이다. 또한 운용하기에 따라 처벌규정이 과도할 정도로 광범위하게 적용될 우려가 있고, 그로써 사람들의 기본적인 권리라고 할 수 있는 표현의 자유에 심한 위축을 초래하게 된다.

행정적 규제의 경우 행정청에 의한 사전 검열이 된다는 우려가 높으나, 정보서비스 제공자 등의 자율적인 규제에만 의존할 경우 사실상 실효성이 없어진다는 문제가 있고, 행정적 규제에 관한 사법심사가 가능하므로 광범위한 제한을 방지할 수 있도록 할 수 있다. 다만 행정적 규제가 정당화되려면 직무상 독립된 행정청에 의한 규제여야 할 것이다. 또한 규제 절차에 있어서도 정보 작성자 등은 자신의 의견을 제출하고 행정청으로부터 이유가 기재된 결정문을 통지받을 권리가 있으며, 행정청의 결정이 있더라도 이에 대하여 이의를 제기하고 집행정지를 신청함으로써 바로 삭제 등 처리가 이루어지지 않을 수 있도록 저지할 수 있도록 할 수 있는 권한을 부여받도록 함이 바람직하다. 다만 이와 같은 경우 집행정지에 관한 결정이 있을 때까지는 해당 정보에 대해 사전 경고를 부착하도록 하여 진실이 아닐 수 있다는 신호를 사람들에게 보냄으로써 해당 정보가 갖는 위험성을 낮출 수 있다. 이후 집행정지 신청이 기각될 경우에 비로소 정보서비스사업자 등은 행정청의 결정에 따른 조치를 따르지 않으면 과징금 등의 불이익을 받을 수 있도록 한다. 이와 같이 절차를 구성하여 행정청과 정보통신서비스 사업자 등과의 대립관계에서 행정청, 정보통신서비스 사업자 뿐 아니라 정보 작성자 등과의 3자 관계가 형성될 수 있다.

이 논문에서 제안하는 위와 같은 행정적 규제는 표현의 자유와 사회적 법익 사이에 조화를 이루기 위한 것으로, 허위조작정보 규제가 부딪칠 수 있는 헌법적 쟁점

에 대하여 최대한 합헌적인 방안을 모색하려 한 것이다. 허위조작정보 규제의 방향성이 자율규제를 향하는 것은 궁극적으로는 타당하나, 사회적으로 허위조작정보의 규제가 절실히 요구되는 상황이 된다면 여기서 제안한 행정적 규제로 일응의 조화점을 찾을 수 있다.

참 고 문 헌

1. 국내 단행본

김종현, 이른바 ‘가짜뉴스’에 관한 헌법적 연구, 헌법재판소 헌법재판연구원 연구 보고서, 2019.

박상용, 명예훼손법, 현암사, 2008.

박아란·이나연·오현경, 온라인 허위정보와 뉴스 미디어, 한국언론진흥재단, 2020.

박용상, 영미 명예훼손법, 한국학술정보, 2019.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2020.

오세욱·정세훈·박아란, 가짜 뉴스 현황과 문제점, 한국언론진흥재단, 2017.

장주영, 미국수정헌법 제1조와 표현의 자유판결, 육법사, 2015.

전훈·최우정·김재선, 허위정보 유통과 민주주의, 글로벌법제전략 연구 19-17-5, 2019.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018.

최은창, 가짜뉴스의 고고학, 동아시아, 2020.

한국언론진흥재단, 2019 언론수용자 조사, 2019.

Hector Macdonald (이지연 번역), 만들어진 진실, 흐름출판, 2019.

2. 국내 논문

고성수, “가짜뉴스 규제법안 실효성에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울과학기술대학교, 2019.

김가희, “가짜뉴스 규제 방안 : 허위사실 표현의 헌법적 보호 여부 및 과잉금지원칙에 따른 규제 합헌성 검토”, 석사학위논문, 이화여자대학교, 2017.

김라이, “허위조작정보의 규제에 관한 연구”, 석사학위논문, 숙명여자대학교, 2021.

김민정, “가짜뉴스(fake news)에서 허위조작정보(disinformation)로”, 미디어와 인

- 격권 제5권 제2호, 언론중재위원회, 2019. 12.
- 김민정, “유럽연합의 온라인 허위조작정보(disinformation) 자율규제 사례 고찰”, 언론과 법 제19권 제1호, 한국언론법학회, 2020.
- 김민호·이도형, “내용심의 제재조치의 법적쟁점에 관한 연구”, 성균관법학 제29권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2017. 6.
- 김시철, “명예훼손·모욕·사실왜곡에 의한 인격권 침해의 성립요건 및 공통점과 차이점”, 대법원판례해설 79호(2009 상반기), 법원도서관, 2009.
- 김연진, 허위조작정보 규제에 관한 헌법적 연구, 박사학위 논문, 성균관대학교, 2021.
- 김인식·김자미, “유튜브 알고리즘과 확증편향”, 2021년도 동계 학술발표논문집 제25권 제1호(A), 한국컴퓨터교육학회, 2021.
- 김재선, “허위정보 규제를 위한 행정법적 대응방안-영국의 규제 논의를 중심으로”, 이화여자대학교 법학논집 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.
- 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)과 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토-소위 ‘정봉주 사건’을 중심으로”, 법학연구 제22권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2012. 3.
- 김종현, “가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구 - 미국의 논의를 중심으로”, 서울대학교 법학 제60권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2019.
- 노동일·정완, “가짜뉴스의 합리적 규제에 관한 고찰”, 경희법학 제53권 제호, 2018.
- 문재완, “명백·현존위험의 원칙의 현대적 해석과 적용에 관한 연구”, 헌법학연구 제9권 제1호, 한국헌법학회, 2003.
- 박경신, “인터넷상 ”불건전정보“ 시정요구제도와 표현의 자유-헌재 2012. 2. 2011헌가13, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호 합헌결정-”, 법학논총 제32권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015. 12.
- 박상민, “인터넷상 허위조작행위에 대한 합리적 규제방향 -관련 현행법 및 입법안 검토를 중심으로”, 법학연구 제19권 제3호, 한국법학회, 2019. 9.
- 박아란, “‘가짜뉴스’와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토”, 언론정보연구 제56권 제2호, 서울대학교 언론정보연구소, 2019. 5.
- 박완주, “방송심의규정 개선 방안에 대한 연구-헌법상 명확성 원칙을 중심으로”,

- 석사학위 논문, 건국대학교, 2015.
- 박진우, “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 임시조치 제도 개선방안에 관한 연구”, 가천법학 제11권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2018.
- 박희영, “독일의 가짜 뉴스(Fake News)에 대처하기 위한 ‘소셜 네트워크 법집행법’(NetzDG)”, 최신외국법제정보 Vol. 4, 한국법제연구원, 2018.
- 배태준, “가짜뉴스(허위조작정보)에 대한 현재의 규제와 향후 규제방향에 대한 소고”, LAW & TECHNOLOGY 제17권 제4호(통권 제94호), 서울대학교 기술과 법 센터, 2021.7.
- 안수길, “가짜뉴스에 맞서는 독일 ‘사회관계망집행법’의 내용과 쟁점”, 법학논총 제36권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2019.
- 안지수·이원지, “사회적 동조와 개인의 정보처리 성향이 루머 메시지의 신뢰에 미치는 영향”, 언론과학연구 11권 4호, 한국지역언론학회, 2011.
- 염정윤·정세훈, “가짜뉴스에 대한 인식과 팩트체크 효과 연구”, 한국언론학보 제62권 제2호, 한국언론학회, 2018.
- 오일성·지성우·정운갑, “가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018. 4.
- 유용민·김성해, “컴퓨터이셔널 프로파간다에 대한 탐색적 시론: 정치적 붓과 그 사회정치적 의미를 중심으로”, 한국언론정보학보 통권 제103호, 한국언론정보학회, 2020. 10.
- 유의선, “가짜뉴스의 법적 규제 - 사회적 법익 보호를 중심으로”, 언론과 법 제17권 제2호, 한국언론법학회, 2018. 8.
- 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 한국언론법학회, 2018. 4.
- 윤혜선, “프랑스 방송통신규제기구의 규제집행절차와 시사점”, 서울법학 제20권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 5.
- 이권일, “소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fakenews) 규제에 관한 헌법적 고찰 -독일의 소셜네트워크법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로”, 공법학연구 제20권 제1호, 한국비교공법학회, 2019. 2.
- 이문한, “가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계-실무

- 적용사례 분석을 중심으로”, 박사학위논문, 한양대학교, 2020.
- _____, “코로나19 관련 가짜뉴스 등 ‘공공의 이익’을 해하는 허위사실 표현에 대한 형사처벌과 헌법상 언론·출판의 자유”, 법학평론 제11권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2021. 4.
- 이상훈, “가짜뉴스의 법적 규제에 관한 고찰”, 법이론실무연구 8권 1호, 한국법이론실무학회, 2020. 2.
- 이성대, “가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토”, 刑事政策 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018. 4.
- 이완수, “사람들은 왜 쉽게 속아 넘어가는가?”, 미디어와 인격권 제5권 제2호, 언론중재위원회, 2019. 12.
- 이원상, “허위사실유포에 대한 형법의 대응방안 고찰-소위 ‘가짜뉴스(fake news)를 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제62호, 대검찰청, 2019. 3.
- 이우영, “표현의 자유 법리와 헌법재판소의 위헌법률심사기준”, 서울대학교 법학 제53권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 6.
- _____, “미국의 위헌심사기준으로서 ‘이중 기준(二重 基準) (Double Standard)’”, 서울대학교 법학 제50권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009.
- 이정념, “인터넷 가짜뉴스의 규율을 위한 형사입법모델 연구: 프랑스의 입법례를 분석하여”, 서강법률논총 제10권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2021. 2.
- _____, “인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점”, 法曹 Vol. 731, 법조협회, 2018. 10.
- 이준형, “허위조작정보의 규제와 표현의 자유”, 석사학위논문, 중앙대학교, 2021.
- 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, 공법연구 제34집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2006. 6.
- _____, “명백·현존하는 위협의 원칙과 우리 나라에서의 적용 실제”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 세계헌법학회, 2006. 12.
- 정영주·홍종윤·박유진, “사회적 법익을 침해하는 허위조작정보 대응을 위한 시론적 논의-코로나19 관련 허위조작정보를 중심으로-”, 언론과 법 제20권 제1호, 한국언론법학회, 2021. 4.
- 정연부, “방송통신심의위원회의 법적 지위 재구성 방안 모색”, 공법연구 제41집 제1호, 한국공법학회, 2012. 10.

- 정혜옥, “심의위원회의 시정요구에 대한 행정법적 고찰-행정주체론과 행정지도론을 중심으로”, 동아법학 제57호, 동아대학교 법학연구소, 2012.
- 조영승, “가짜뉴스의 개념과 헌법적 한계에 관한 고찰-표현의 자유의 보호영역을 중심으로”, 공법학연구 제21권 제1호, 한국비교공법학회, 2020. 2.
- 지성우, “허위조작정보(소위 ‘가짜뉴스’) 규제에 대한 헌법적 문제점에 관한 연구”, 공법연구 제48집 제2호, 한국공법학회, 2019. 12.
- 최민식, “온라인서비스제공자의 가짜정보 대응과 법제 개선방안 연구”, 교육법학연구 제30권 제3호, 대한교육법학회, 2018. 12.
- 최종선, “방송통신심의위원회의 독립성 확보방안에 관한 연구”, 홍익법학 제15권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2014. 12.
- 최지수·윤석민, “가짜뉴스 거버넌스 - 정부규제, 자율규제, 공동규제 모형에 대한 비교를 중심으로”, 사이버커뮤니케이션 학보 제36권 제1호, 사이버커뮤니케이션학회, 2019. 3.
- 최희경, “미국헌법상 표현의 내용에 근거한 규제법리와 적용”, 법학논집 제17권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.
- 한갑운·윤종민, “가짜뉴스의 규율방법에 대한 법적 고찰”, 과학기술과 법 제8권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2017. 6.
- 한동훈, “프랑스의 정보조작대처법률에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제25권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2019. 4.
- 황성기, “가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제”, 관훈저널 통권 제146호, 관훈클럽, 2018. 3.
- 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구; 인터넷서비스 사업자의 자율규제를 중심으로”, 언론과 법 제16권 제1호, 한국언론법학회, 2017. 4.
- 황용석·정재관·정다운, “가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 위헌성 여부를 중심으로”, 사회과학연구 제25권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원, 2018. 6.,
- 황창근, “가짜뉴스에 대처하는 법적 방안”, 언론중재 2017년 봄호, 언론중재위원회, 2017. 3.

3. 국내 판결문 등

대법원 2005. 3. 25. 선고 2005도39 판결.
대법원 2006. 5. 12. 선고 2004다35199 판결.
대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다27769 판결.
대법원 2009. 4. 9. 선고 2005다65494 판결.
대법원 2011. 9. 2. 선고 2009다52649 판결.
대법원 2011. 9. 2. 선고 2010도17237 판결.
대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결.
대법원 2014. 11. 13. 선고 2012다111579 판결.
대법원 2016. 12. 27. 선고 2014도15290 판결.
대법원 2017. 5. 11. 선고 2016도19255 판결.
서울중앙지방법원 2021. 12. 24. 2021카합21768 결정.

헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 89헌가95 결정.
헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.
헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.
헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정.
헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정.
헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정.
헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2005헌마165 등 결정.
헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 결정.
헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌마109 등 전원재판부 결정.
헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌바168 결정.
헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌바53 결정.
헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정.
헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2008헌마500 결정.
헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정.
헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌마88 결정.
헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌바75 결정.
헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2021헌바325 결정.
헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 등 결정.

헌법재판소 2017. 7. 27. 선고 2015헌바219 결정.
헌법재판소 2020. 12. 23. 선고 2017헌마416 결정.
헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2016헌바84 결정.
헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113등 결정.
헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2015헌바438 등 결정.

4. 국내 발표문

황창근, “가짜뉴스에 대한 법적 대응방안”, 제1회 KISO 포럼: 페이크 뉴스와 인터넷 토론회 자료집, 2017.

5. 외국 논문 등

Andorfer, Alexandra, “Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation”, 69 Hastings L. J., 2018.

European Commission, “Assessment of the code of Practice on Disinformation-Achievements and areas for further improvement” (<http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement>, 최종확인: 2022. 2. 5.)

_____, “Code of Practice on Disinformation First Annual Reports-October 2019”(<http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>, 최종확인: 2022. 2. 5.)

_____, “The assembly of the signatories to strengthen the code of Practice on Disinformation” (<http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/assembly-signatories-strengthen-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 6. 20.)

_____, “2022 Strengthened of Practice on Disinformation”

(<http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/signatories-2022-strengthen-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 6. 20.)

Waldman, Ari Ezra, “The Marketplace of Fake News”, 20 U. PA J. CONST. L. 2018.

HLEG, “A multi-dimensional approach to disinformation” (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>, 최종확인: 2022. 2. 3.)

Noah Feldman, “Is fake news protected by the First Amendment? Bloomberg View”, The Oregonian, 24 November 2016 (https://www.oregonlive.com/opinion/2016/11/is_fake_news_protected_by_the.html, 최종확인: 2022. 3. 6.)

Sandra Baron·Rebecca Crootof·Anna Gonzalez, “Fighting Fake News Workshop Report”, Fighting Fake News, The Information Society Project, The Floyd Abrams Institute for Freedom of Expression, 2017. 3. 7. (https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/isp/documents/fighting_fake_news_-_workshop_report.pdf)

The Signatories, “2018 Code of Practice on Disinformation”, European Commission (<http://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>, 최종확인: 2022. 2. 5.)

6. 외국 판결문 등

Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969)

Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service of New York, 477 U.S. 566 (1980).

Chaplinsky v. State of New Hampshire 315 U.S. 568 (1942)

Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951)

Hustler Magazine, Inc. v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).

New York Times v. Sullivan, 376 U. S. 254 (1964).

Schenck v. United States 249 U.S. 47 (1919)

United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012).

Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018.

Abstract

A Study on the Constitutional Administrative Regulation of Disinformation

Deokki Jung
Constitutional Law
The Graduate School of Law
Seoul National University

Disinformation emerged as an international issue in or around 2017. Studies were published in the United States and France that claimed wide dissemination of intentionally falsified information from outside their countries. Building on the experience, France even legislated a law that regulates disinformation during elections. In addition, there have been several incidents that taught the world how dangerous disinformation can be, especially when the technological and social backgrounds that allowed it to be distributed in an unprecedented scale. Any attempt to regulate disinformation has faced strong opposition rooted in the history of governments abusing public regulations against the freedom of expression, and the status of the freedom as a fundamental basic right. However, events such as the COVID-19 pandemic added more weight to the voices advocating for public regulation of the freedom of expression as long as it is consistent with the constitutional principles.

If disinformation can lead to serious social harm, we need to find a way to control it while minimizing the restriction of the freedom of expression. To that end, this study first defines what disinformation is, referring to court decisions on false statement of facts. After defining the concept, this study explores the background that accords so much weight to the disinformation issue.

A review of how other countries address the issue reveals a number of regulatory options available. For example, the government may require the relevant business entities, etc. to take measures against the false information while

the administrative body supervises their actions as Germany does. Another approach is to rely on the provisional disposition process at the court, as exemplified by France. The European Union (EU) is gradually building concrete regulations against disinformation by engaging the relevant businesses to submit roadmaps to implement its self-regulatory code of practice.

To some extent, the Korean law also has several regulations in place against disinformation undermining national and social interests. However, given the criticisms laid against the regulations under the current laws we need to find a new type of legislation that regulates disinformation in a way consistent with the Constitution.

Constitutional principles pertaining to the regulation of disinformation include the principle of clarity and the prohibition of excessive restrictions. In the disinformation context, the prohibition of excessive restrictions requires a legislation that regulates disinformation for a just purpose, concretely specifies the public interest to be protected, and requires the existence of clear and present danger. Building on these principles, this study divided regulation against disinformation into criminal regulation and administrative regulation, and assessed the constitutionality of each. While containing disinformation represents a crucial public interest, criminal regulation may seriously restrict an individual's basic rights. As such, criminal regulation may clash with the constitutional prohibition of excessive restrictions. As for administrative regulation, one of the largest concern is that it may work as state censorship. As such, this study proposes an approach that addresses the concern by ensuring procedural fairness and transparency through quasi-judicial procedures so that the regulation is consistent with the prohibition of excessive restrictions.

Key Words: Disinformation, Freedom of expression, Constitutional regulation, Administrative regulation

Student number: 2011-21432