

헌법합치적 법해석을 향한 고민
: 미디어 환경 변화를 맞으며

대구지방법원 류영재 판사

1. 인터넷의 등장

- “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”
- 낮은 진입장벽, 표현의 쌍방향성 보장, 적극적·계획적 이용
-> 질서 위주의 사고만으로 규제할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마 480).
- 미 연방대법: 인터넷 표현에 대한 규제를 출판매체에 대한 엄격심사기준과 동일하게 적용
- 인터넷은 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간, 매체의 특성 자체가 '기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고' 라는 공직선거법의 목적 부합(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001)

1. 인터넷의 등장

- 미네르바 사건(2008헌바157등 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원)
- 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 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 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 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(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 참조).

1. 인터넷의 등장

- 미네르바 사건
- '공익'에 관하여

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 되는바, 그러한 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것은 아니다.

1. 인터넷의 등장

- 미네르바 사건
- '허위'에 관하여

허위'란 일반적으로 '바르지 못한 것', 또는 '참이 아닌 것'을 말하고, 그 안에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어, 특히 형벌조항의 구성요건으로 사용하기 위하여는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요한 개념이라고 할 수 있다. 예컨대 명예훼손죄의 행위태양으로 '허위로' 명예를 훼손하는 행위를 규정하지 않고 '허위사실을 적시'하여 명예를 훼손하는 행위로 규정한 것, 문서에 관한 죄에서 형식, 명의의 거짓을 말하는 '위조'나 '모용'과 대비하여 내용상의 거짓을 의미하는 '허위' 개념을 사용하는 것은 그와 같은 명확성의 요청에 따른 것이다.

1. 인터넷의 등장

- 미네르바 사건
- '허위'에 관하여

허위'란 일반적으로 '바르지 못한 것', 또는 '참이 아닌 것'을 말하고, 그 안에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어, 특히 형벌조항의 구성요건으로 사용하기 위하여는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요한 개념이라고 할 수 있다. 예컨대 명예훼손죄의 행위태양으로 '허위로' 명예를 훼손하는 행위를 규정하지 않고 '허위 사실을 적시'하여 명예를 훼손하는 행위로 규정한 것, 문서에 관한 죄에서 형식, 명의의 거짓을 말하는 '위조'나 '모용'과 대비하여 내용상의 거짓을 의미하는 '허위' 개념을 사용하는 것은 그와 같은 명확성의 요청에 따른 것이다.

1. 인터넷의 등장

- 미네르바 사건
- 표현의 자유 규제 방식

허위의 통신을 접한 국민은 그 표현내용의 진위 여부를 의심하고 확인할 수 있으며, '가장 참여적인 시장', '표현촉진적인 매체'로서의 인터넷통신의 발달에 따라 정보수신자는 매우 다양한 경로를 통하여 정보를 수집할 수 있고, 특정한 표현에 대한 반론 내지 반박도 실시간으로 가능하다. '통신'의 특수성, 즉 익명성과 무차별적 전파가능성 등에 의하여 위와 같은 가능성이 전적으로 차단될 것이라고 보기는 어려우며, 허위사실의 표현이 있다는 이유만으로 국민의 올바른 정보획득이 침해된다거나 범죄의 선동, 국가질서의 교란 등이 발생할 구체적 위험이 있다고는 할 수 없다.

한편 허위사실의 표현으로 인한 논쟁이 발생하는 경우, 문제되는 사안에 관한 사회적 관심을 높이고 참여를 촉진할 수도 있으므로 반드시 공익을 해하거나 민주주의의 발전을 저해하는 것이라고는 볼 수 없고, 행위자가 주관적으로 공익을 해할 목적이 있는 경우에도 실제로 표현된 내용이 공익에 영향을 미칠 수 없는 사적인 내용이거나 내용의 진실성 여부가 대중의 관심사가 아닌 때, 내용의 허위성이 공지의 사실인 경우 등에는 그로 인한 사회적 해악이 발생하기 어렵다.

이와 같이 허위의 통신 자체가 일반적으로 사회적 해악의 발생으로 연결되는 것은 아님에도 '공익을 해할 목적'과 같은 모호하고 주관적인 요건을 동원하여 이를 금지하고 처벌하는 국가의 일률적이고 후견적인 개입은 그 필요성에 의문이 있다. 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무가 국가에 의하여 1차적으로 재단되어서는 아니되며, 이는 시민사회의 자기교정기능과 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨져야 한다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 631-632 참조). 세계적인 입법례를 살펴보아도 허위사실의 유포를 그 자체만으로 처벌하는 민주국가의 사례는 현재 찾아보기 힘들다.

1. 인터넷의 등장

- 인터넷 실명제 위한 결정(헌재 2010헌마47 등)
- 본인확인제 도입 배경

인터넷상에서의 언어폭력, 명예훼손, 불법정보의 유통 등 역기능도 증가하였다. 이러한 인터넷의 역기능은 익명성에 의한 이용자의 자기 점검 및 책임의식 결여가 중요한 원인으로 파악되었고, 특히 2005년경 인터넷상에서 개인의 신상정보 공개 및 언어폭력 등으로 인한 피해사례들이 잇달아 발생하자 이를 계기로 본인확인제의 도입이 논의되어, 2007. 1. 26. 법률 제8289호로 정보통신망법이 개정되면서 본인확인제가 도입되었다.

1. 인터넷의 등장

- 인터넷 실명제 위헌 결정(헌재 2010헌마47 등)
- 의사의 '자유로운' 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 포함된다.
- 게시판 이용자의 표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다.
- 인터넷은 전세계를 망라하는 거대한 컴퓨터 통신망의 집합체로서 개방성을 그 주요한 특징으로 하므로 외국의 보편적 규제와 동떨어진 우리 법상의 규제는 손쉽게 회피될 수 있고, 그 결과 우리 법상의 규제가 의도하는 공익의 달성은 단지 허울 좋은 명분에 그치게 될 수 있음을 간과한 것이다.

1. 인터넷의 등장

- 인터넷 실명제 위헌 결정(헌재 2010헌마47 등)
- 익명이나 가명으로 이루어지는 표현은, 외부의 명시적·묵시적 압력에 굴복하지 아니하고 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적·사회적 약자의 의사 역시 국가의 정책결정에 반영될 가능성을 열어 준다는 점에서 표현의 자유의 내용에서 빼놓을 수 없는 것.
- 인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다.

1. 인터넷의 등장

- 인터넷 표현의 자유의 제한
- 악플 규제
 - > 본질은 집단적 폭력, 처벌은 모든 개인의 악플에 적용
- 혐오표현 규제
 - > 혐오표현 규제 법안은 부존재, 모욕 및 명예훼손의 확산
- 인터넷 댓글과 여론조작
 - > 인터넷 댓글은 여론인가, 본인확인제 위헌 결정의 취지와와의 관계

1. 인터넷의 등장

- 인터넷 표현의 자유의 제한

- 잊힐 권리

 - > 유럽인권재판소의 결정례

 - > 구글의 검색제한

 - > 대한민국의 정보통신망법 및 디지털 장의사

2. SNS로의 전환

- 가짜뉴스(fake news, disinformation)에 대한 경각심 고조
- 쌍방향 의사소통/ 기회의 균형성·투명성·저비용성 / 공론의장
 - > 형성되고 있는가?
 - > 일방적 정보흐름 및 인지편향 강화적 알고리즘
 - > 사상의 자유시장 메커니즘은 작동할 수 있는가?
- 제시되는 대안: 정보통신서비스 사업자 및 비영리단체의 자율규제, 알고리즘 공개 및 통제, 미디어리터러시 교육
- 한편, 우리 사회 : 가짜뉴스처벌법 제정 시도

2. SNS로의 전환

- 가짜뉴스(fake news, disinformation)에 대한 경각심 고조
- 가짜뉴스의 정의
 - : 불분명/ "잘못된 정보, 조작된 정보, 악의적 정보"
 - >잘못된 정보와 악의적 정보는 규제되어야 하는가?
- 가짜뉴스의 주체
 - : 레거시 미디어 / 개인
 - > 규제가 가능한가?

3. 사적 영역과 공적 영역의 경계

- 인터넷 커뮤니티와 SNS의 등장
 - 인터넷 게시판이 광장에서의 연설을 의미한다면,
인터넷 댓글은 청자들의 소곤거림을 의미함 -> 소곤거림의 공연성 획득
 - SNS는 일기장인가 광장인가
사용자는 일기장이라고 생각하나 발화 즉시 공연성 충족
 - SNS와 공직선거법 위반
- > 이용 주체들의 사적 영역 및 공적 영역의 경계선 긋기 통제 불가능
-> 처벌 규제에 있어서의 문제점 확산

3. 사적 영역과 공적 영역의 경계

- 개인정보의 중요성
- 인터넷 종합 정보제공 사업자(네이버 등)의 수사기관 요청에 따른 개인정보 제공 문제
(대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482)
- 인터넷 미행 수사 및 가장 수사 활용
: 이용자 ip 추적 방식/ SNS 팔로우 및 친구 맺기 등을 통한 수사 정보 수집
- 압수수색의 문제
: 핸드폰 압수시 무관 정보 구분의 어려움, 별건 수사의 가능성

3. 사적 영역과 공적 영역의 경계

- 개인정보의 중요성
- 범죄 악용의 문제
 - : 대표적으로 디지털 성범죄/ 스토킹 범죄에의 활용
 - : 디지털 인격권 침해의 심각성
- 개인식별정보로서 음성권, 초상권 침해 사례의 증가
 - : 통신비밀보호법 개정 논의
 - : 내부고발과 음성권 침해

4. 미디어 접근권의 문제

- 인터넷 접근권 확보
: 망 중립성의 문제
"ISP 등이 표현의 내용에 따라 시스템 이용의 차단 등 차별적 취급을 해서는 안 된다"
-> 현재 망 사용료법 관련 논의
- 세대별 사용 매체의 차이와 그로 인한 편향성 증가 문제
: 단순히 미디어 다양성에 의한 결과로 볼 수 없어
: 세대별 사용 미디어의 격차가 SNS의 알고리즘과 결합하여 인지편향 확산

5. 어떻게 규제할 것인가

- 인터넷 확산 초기의 긍정적 전망이 SNS 발달로 인해 위협받는 상황
- 국가 중심 규제는 바람직한가, 그리고 가능한가.
- 책임은 무엇을 의미하는가
- 자율규제 중심으로 가더라도 심각한 해악을 차단하고 피해자를 보호할 보완책은 항상 제시되어야.
- 다시 초심으로.