<조롱·혐오정보 관련 정보통신망법 개정안에 대한 자문의견서>

손 지 원
변호사 / 사단법인 오픈넷 자문위원

1. 조롱·비하·멸시·희화화 표현을 독자적 규제대상으로 설정할 수 있는지 여부

가. 규제 대상 표현으로 "조롱·비하·멸시·희화화 표현"을 규정한 것이 헌법상 명확성 원칙 및 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

1) "모욕、조롱、비하、멸시하거나 희화화" 부분의 명확성 원칙 위반

가) 헌법상의 명확성의 원칙은 법률을 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 장래의 행동지침을 제공하고, 집행자에게는 객관적인 판단지침을 제공하여 차별적이거나 자의적인 집행을 예방할 수 있어야 한다는 원칙임. 헌법재판소는 "법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의、법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 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 등 참조)라고 하며, "불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 … 표현의 자유를 규제하는 경우에 일반적으로 명확성의 요구가 보다 강화된다"(헌재 2002.06.27 결정, 99헌마480)고 판시하여 표현의 자유 제한입법에 대하여 보다 엄격한 명확성을 요구하고 있음.

나) “모욕”, “조롱”, “비하” “멸시”, “희화화”는 모두 인간의 주관적인 '감정'이나 '가치 평가'에 의존하고 있는 추상적이고 불명확한 개념으로, 어떤 표현이 이에 해당하는지를 쉽게 판단할 수 없음. 또한 “조롱·비하·멸시·희화화 표현”은 문언이나 단어 자체보다 표현의 방식, 어조, 이미지, 맥락, 시대적 의미, 수용자의 해석에 따라 의미가 형성되는 경우가 많기 때문에, 어떠한 표현이 이에 해당하는지, 아닌지를 확정할 수 없는 상대적, 가변적인 개념임. 특히 인터넷 신조어나 밈(Meme)은 시간에 따라 의미가 빠르게 변함. 이러한 표현을 형사처벌 및 행정제재의 구성요건으로 삼을 경우, 헌법상의 명확성 원칙상 요구되는 예측가능성과 자의적 집행 방지 기준을 세울 수 없음. “모욕”의 의미에 대해서도 헌법재판소에서 지나치게 광범위하다는 3인의 소수의견이 나올 정도로 불명확한 상황에서 (2017헌바487), “조롱”, “멸시”, “비하”, “희화화”는 더욱 불명확한 개념임.

2) “모욕 、조롱、비하、멸시하거나 희화화” 부분의 헌법상 과잉금지원칙 위반

가) 사전적으로 “모욕”은 “남을 깔보고 욕되게 함”, “조롱”은 “어떤 사람이나 대상을 비웃거나 놀림”, “비하”는 “대상을 낮추어 봄”, “멸시”는 “업신여겨 하찮게 봄”, “희화화”는 “대상을 우스꽝스럽고 익살스럽게 묘사하는 것”을 의미함. 타인에 대한 부정적, 비판적 표현은 모두 대상에 대한 모욕, 조롱, 비하, 멸시, 희화화를 수반한다고 볼 수 있는데, 국민의 모든 특정 개인이나 집단에 대한 부정적, 비판적 표현이 이에 해당한다고 판단되어 규율될 수 있음.

나) 모욕, 조롱, 비하, 멸시, 희화화는 타인에 대한 부정적 표현의 한 방법인데 이를 통해 발생할 수 있는 감정적 피해와 부정적 표현을 통해 성취되는 공익의 효과를 형량하였을 때 법익의 비례성이 충족되지 않는 경우도 많음. 즉, 타인에 대한 부정적 표현이 ‘조롱, 비하, 멸시, 희화화’에 이를 정도로 다소 과하게 표현되었다고 할지라도 그와 같은 부정적 표현을 통해 대중들에게 경각심을 고취시켜 성취할 수 있는 공익이 더 큰 경우가 많이 있을 수 있음. 예를 들어 불법도박을 하다 적발된 연예인에게 ‘칩사마’라고 별명을 붙이거나 음주운전 사고로 인명피해를 내고 뺑소니를 한 연예인에게 ‘킬러조’라는 별명을 붙이는 행위들은 도박이나 음주운전에 대한 대중의 거부감이나 비판의식을 명백히 드러내는 표현임. 이와 같은 표현들이 규제될 수 있다고 하면 타인에 대한 정당한 비판적 표현들이 같이 위축될 수 밖에 없음. 뿐만 아니라 타인에 대한 부당한 모욕, 조롱, 비하, 멸시, 희화화 표현 행위는 민사손해배상제도로 피해를 구제할 수 있고, 기존의 모욕죄로도 충분히 입법목적을 달성할 수 있어 침해의 최소성에도 어긋남.

3) “공공의 이익을 위한 정당한 비판ㆍ토론ㆍ보도, 학술ㆍ예술 활동, 풍자 또는 패러디는 제외한다” 부분의 명확성 원칙 위반

가) 본문 단서에서는 “다만, 공공의 이익을 위한 정당한 비판ㆍ토론ㆍ보도, 학술ㆍ예술 활동, 풍자 또는 패러디는 제외한다.”고 규정되어 있음. 그러나 “공공의 이익”, “정당한 비판”, “풍자, 패러디” 개념 역시 주관적인 가치 평가에 의존하고 있는 추상적이고 불명확한 개념으로, 어떠한 표현이 이에 해당하는지에 대한 판단은 판단자의 주관에 따라 크게 달라짐. 헌법재판소는 이미 “공익을 해할 목적”으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신기본법 조항에 대하여 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반한다고 판단하며, “공익” 개념이 불명확하다고 천명한바 있음. (헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 전원재판부, 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원)

나) 한편, 풍자(Satire)와 패러디(Parody)는 본질적으로 대상의 특정 과오나 단점을 우스꽝스럽게 묘사(희화화)하거나, 신랄하게 비웃는 방식(조롱)을 필수적인 도구로 삼는 표현물임. 조롱과 희화화를 제거한 풍자와 패러디는 성립할 수 없으며, 어떠한 표현이 허용되는 풍자, 패러디이고, 불법인 조롱, 희화화 표현인지 객관적으로 명확히 구분할 수 없음. 이에 따라 판단자의 정치적 성향이나 주관적 기준에 따라 규제, 처벌 여부가 결정되는 '자의적 법 집행'이 필연적으로 발생할 수 밖에 없음.

다) 즉, 이렇듯 불명확한 개념을 사용한 단서 규정 역시 헌법상 명확성 원칙에 위반하고 있어 규제 대상 표현을 제한하기 위한 적절한 기준으로 기능할 수 없음.

4) 소결

위와 같은 규제 대상 정의규정의 추상성, 불명확성으로 말미암아, 규제 대상 표현이 무엇인지에 대하여 표현 주체인 국민도, 조치의무를 이행해야 하는 사업자도, 사업자가 의무를 이행하였는지 판단하고 각종 명령 권한을 가진 국가기관도 명확히 판별할 수 없음. 판단자의 자의적 판단에 따라 정치적으로 남용될 위험도 높음. 또 “조롱·비하·멸시·희화화 표현”의 사전적 정의에 따라 법을 집행한다면 사회적 해악이 분명하지 않은 사소한 표현 혹은 정당한 비판적 표현마저 규제받게 될 것이 명백함. 결론적으로 “조롱·비하·멸시·희화화 표현”을 규제하고자 하는 법안은 본질적으로 헌법상의 명확성 원칙과 과잉금지원칙 등에 위배하여 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 심대한 위헌성을 가질 수 밖에 없음.

나. “조롱·비하·멸시·희화화 표현”을 규제하는 해외 주요국가의 사례 및 시사점

1) “조롱·비하·멸시·희화화”와 같이 주관적·감정적 표현 유형을 독자적인 유해·불법 정보로 정의하여 직접 규제하는 해외 사례는 찾아볼 수 없음.

2) 유럽 국가들이 규제하는 '비하'나 '모욕' 등의 표현에 대한 규제, 일명 “혐오표현” 규제는 특정 보호 대상(인종, 성별, 종교, 장애 등)에 대한 차별·폭력 선동일 때로 엄격히 한정됨.

3) 즉, 해외 주요 국가들은 ① 명예훼손(허위사실 적시), ② 명백한 협박 및 악의적 괴롭힘, ③ 인종·성별 등 보호 대상에 대한 폭력·차별 선동(혐오표현)이라는 구체적이고 명백한 위험이 있는 표현 행위만을 규제하고 있음.

2. 보호대상 및 보호법익 설정의 문제

가. 헌법상 표현의 자유 보장의 일반 원칙

1) 표현의 자유를 보장하는 근본적 이유는 민주주의의 전제인 사상의 다원성·다양성을 보장하기 위함임. 헌법재판소 역시 “대저 전체주의 사회와 달리 국가의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며, 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 민주주의 사회에서 … 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고, 정치적, 이데올로기적으로 악용될 우려가 있다…. 민주주의에서 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무를 국가가 1차적으로 재단하여서는 아니되고 시민사회의 자기교정기능, 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨야 한다”고 판시하며(헌법재판소 2002. 6. 27. 결정, 99헌마480 참조), ‘유해성’을 이유로 한 표현 규제는 신중하게 접근해야 한다는 점을 견지한 바 있음.

2) 또한 표현행위로 인하여 초래되는 해악은 추상적인 것이기 때문에 막연한 해악 발생의 가능성만으로 함부로 규제해서는 안 됨. 즉, 표현이 특정한 내용을 담고 있다거나 사회윤리 등에 반한다는 이유만으로 규제할 수는 없는 것이며(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 참조), 표현으로 인하여 명백하고 현존하는 위험이 발생할 때에만 규제가 정당화됨.

나. 특정 개인에 대한 모욕 등 표현 규제의 정당성

1) 위 2. 가. 2) 나) 부분에서 설시한 것과 같이, 모욕, 조롱, 비하, 멸시, 희화화는 타인에 대한 부정적 표현의 한 방법인데 이와 같은 표현들이 규제될 수 있다고 하면 타인에 대한 정당한 비판적 표현들이 같이 위축될 수 밖에 없음. 또한 특정 개인에 대한 부당한 모욕, 조롱, 비하, 멸시, 희화화 표현 행위는 민사손해배상제도로 피해를 구제할 수 있고, 기존의 모욕죄로도 충분히 입법목적을 달성할 수 있어 침해의 최소성에도 어긋남.

2) 개정안 제안이유에서는 노무현 전 대통령에 대한 조롱·희화화 표현에 대한 규율 필요성을 언급하며 '사자(死者)'에 대한 표현 규제도 입법목적으로 삼고 있는 것으로 보임. 그러나 현행 형법이 사자에 대한 모욕죄를 처벌하지 않고 있는 이유는 사자에 대한 사실의 적시가 아닌 모욕 등의 감정적, 주관적 의견 표현은 사자의 생전 사실에 기반하여 형성된 사회적 평가를 왜곡, 변동시킨다고 보기 어려운 점 등 그 해악이 크지 않기 때문임. 즉, 사자에 대한 모욕 등의 표현을 규제하려는 입법은 결국 '유족이나 지지자의 감정'이나 '사회 질서, 사회적 평온'을 보호하겠다는 취지인데, 이러한 감정이나 불분명한 공익을 보호하기 위하여 국민 개개인의 사사로운 표현의 자유를 형사처벌 등의 수단을 동원하여 제한하는 것은 보호법익의 균형성을 상실한 것으로 볼 수 있음.

3) 또한 특히, 사망한 인물 중 지속적인 표현 대상이 되는 인물은 정치인, 역사적 위인 등 공적 인물이 대부분임. 공적 인물을 향한 표현은 대중들의 감정, 정치적·역사적 평가를 담고 있으며, 부정적 표현의 경우 풍자, 비판과 희화화, 조롱의 경계가 극도로 모호함. 결국 사자에 대한 모욕 표현까지 규제하게 되면, 과거 공적·역사적 인물에 대한 자유로운 비판, 패러디, 블랙유머, 풍자까지 처벌, 규제, 위축될 수 있으며, 이는 역사적 평가를 정치 권력이나 특정 집단의 입맛대로 통제하는 도구로도 악용될 수 있음.

나. 집단에 대한 모욕 등 표현 규제의 정당성

1) 현행 집단에 대한 모욕 표현 규제

집단 표시에 의한 모욕의 경우, 현재는 특정 가능한 범위의 집단 구성원 개인에 대한 사회적 평가의 저하로 이어지는 모욕행위만 형법상 "모욕죄"로 규율되고 있음. 한편, 지난 7. 7.부터 시행된 정보통신망법 제44조의7 불법정보 조항에 일명 "혐오표현" 정보가 추가되어 방송미디어통신심의위원회, 방송미디어통신위원회의 시정요구, 조치명령 대상이 되었음.[1)]

2) 개정안은 전면적으로 집단에 대한 표현을 형사처벌의 대상으로 규정한 최초의 입법으로 볼 수 있으며, 구체화된 기준도 없이 일반적 집단에 대한 모욕, 나아가 조롱、비하、멸시、희화화 표현까지 규제 대상으로 삼고 있다는 점에서 정보통신망법상의 '혐오표현 정보' 조항보다 훨씬 더 포괄적이고 과도한 방식의 집단에 대한 표현 규제라 할 수 있음.

3) 집단에 대한 모욕적 표현이 전면적인 규제 대상이 아닌 이유는, 비난의 대상이 넓고 막연하여 비난의 효과가 집단 전체로 흩어져 구성원 개인에 대한 구체적인 법익 침해로 이어진다고 보기 어렵기 때문임. 즉, 실체적인 피해자나 구체적인 법익 침해가 명확하지 않은 상태에서 '집단'이라는 추상적 대상 혹은 사회 통합이라는 추상적 공익을 보호하기 위해 국민의 표현 행위를 규제하는 것은 법으로 보호하려는 법익에 비해 제한되는 법익(국민의 일반적 표현의 자유)이 훨씬 커서 법익균형성을 상실하게 되기 때문임.

4) 한편, 집단에 대한 표현은 상당수 정치적, 사회적, 문화적 이슈에 대한 비판과 평가에 해당함. 기업 집단, 종교 단체, 정치 단체, 특정 직역 단체 등은 민주사회에서 끊임없이 비판받고 검증받아야 하는 공적 대상이며 공적 이슈에 대한 평가, 판단에 있어서도 연결될 수밖에 없는 존재임. 집단에 대한 부정적 표현을 규제하기 시작하면, 정당한 공적 이슈에 대한 비판, 사회적 문제 제기, 블랙유머, 풍자적 패러디마저 "집단을 모욕했다"는 이유로 고소·고발, 처벌, 규제당할 위험이 있고, 그 결과 국민이 처벌이 두려워 사회 비판적 발언 자체를 자제하게 되는 표현의 자유에 대한 위축 효과(Chilling Effect)가 발생함. 또한 특정 집단에 대한 비난이나 조롱을 법으로 금지하면, 특정 집단이 스스로를 '비판받을 수 없는 성역'으로 권력화하여 행태를 조심하지 않는 부작용이 생길 수도 있음.

5) 심각한 해악을 가진 집단에 대한 혐오표현은 규제 필요성이 있을 수 있음. 일반적인 국제인권기준[2]에 따르면 집단 구성원에 대한 실제적인 사회의 차별, 배제, 폭력으로 이어질 명백하고 현존하는 위험이 있는 선동적 혐오표현은 규제 대상이 될 수 있음. 그러나 본 개정안과 같이 해악이 구체적이지 않은 모든 집단에 대한 "모욕、조롱、비하、멸시、희화화"

---

1) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률
제44조의7(불법정보 및 허위조작정보의 유통금지 등)
2의2. 공공연하게 인종, 국가, 지역, 성별, 장애, 연령, 사회적 신분, 소득수준 또는 재산상태를 이유로 특정 개인이나 집단(해당 집단에 소속된 개인을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)에 대한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 내용의 정보
가. 직접적인 폭력이나 차별을 선동하는 정보
나. 증오심을 심각하게 조장하여 특정 개인이나 집단의 인간으로서의 존엄성을 현저히 훼손하는 정보
2) UN 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (ICCPR, 자유권 규약) 제20조 제2항, 2012년 UN 라바트 행동계획 (Rabat Plan of Action)

정도의 표현까지 규율하는 것은 결국 “정치적 올바름”, “건전성”을 이유로 표현을 금지하는 것과 다름없어 헌법상 과잉금지원칙에 위배하는 것으로 보임.

다. “대통령령으로 정하는 국가적·사회적 사건의 희생자 및 그 유가족”에 대한 조롱·혐오표현 규제의 과잉금지원칙 위반 소지

국가적·사회적 사건의 희생자 및 유가족에 대한 조롱·혐오표현이 불러올 수 있는 해악은 ‘관련 사건의 희생자와 유가족의 인격권 침해 등의 피해’, 혹은 ‘장래에 유사 사건의 재발 가능성’을 생각할 수 있음. 그러나 생존한 피해자 혹은 유가족 등 사건 관련자들의 인격권과 사회적 평가를 현저하게 침해하는 표현 행위에 대해서는 현행 명예훼손·모욕 법제로도 충분히 규제가 가능함 (침해의 최소성). 또한, 현재 사회통념상 건전한 상식을 가진 대다수의 국민들은 국가적·사회적 사건들에 대해 올바른 인식을 가지고 있고, 대통령령에서 정할 정도의 사건이라면 국가적으로도 공인되어 올바른 의미로 보호받고 있는 사건으로, 이러한 사건들을 왜곡하며 희생자와 유가족을 조롱하거나 희화화하는 일부 대중의 표현행위로 인해 사건 관련자들이 사회에서 차별, 배제된다거나 유사 사건이 재발될 위험이 명백·현존한다고 보기는 어려울 것임(법익의 비례성). 따라서 국가적·사회적 사건의 희생자 및 그 유가족”에 대한 “모욕·조롱·비하·멸시·희화화” 표현을 규제하는 것은 헌법상 과잉금지원칙 위반의 소지가 있음.

3. 플랫폼 규제 및 조치의무의 적정성

가. “조롱·혐오정보”임을 이유로 폐쇄 등 행정기관의 조치명령 권한을 규정한 부분의 적정성

1) 본 법안 제44조의8은 다음과 같이 규정하고 있음.

[안 제44조의8 (조롱·혐오정보에 대한 조치명령 등)] ① 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자는 조롱·혐오정보의 반복적 게재·유통 사실을 알고도 정당한 사유 없이 이를 방치하여서는 아니 되며, 필요한 경우 다음 각 호의 조치를 하여야 한다. 1. 해당 정보의 삭제 또는 접속차단 2. 해당 정보의 노출 제한 또는 검색·추천 제한

3. 해당 정보를 반복적으로 게재하거나 유통한 이용자에 대한 계정 이용제한
4. 해당 정보를 통한 광고·후원·수익배분 등 수익화 제한
5. 그 밖에 조롱·혐오정보의 유통 방지를 위하여 대통령령으로 정하는 조치
② 방송미디어통신위원회는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자가 제1항에 따른 조치를 정당한 사유 없이 하지 아니한 경우에는 대통령령으로 정하는 절차에 따라 제1항 각 호의 조치를 명할 수 있다.
③ 제1항 및 제2항에 따른 조치는 해당 정보의 내용, 유통 경위, 피해 정도, 게재·유통의 반복 여부, 공공의 이익 관련성 및 표현의 자유에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 필요한 최소한의 범위에서 이루어져야 한다.
④ 방송미디어통신위원회는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자가 제1항에 따른 조치를 정당한 사유 없이 하지 아니하거나 제2항에 따른 명령을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관련 매출액의 100분의 3 이하의 과징 금을 부과할 수 있다. 다만, 관련 매출액이 없거나 관련 매출액을 산 정하기 곤란한 경우에는 10억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.
⑤ 제4항에 따른 과징금을 부과할 때에는 위반행위의 내용·정도·기간, 위반행위로 인하여 얻은 이익, 피해 확산 정도, 조치명령 이행 여 부 등을 고려하여야 한다.
⑥ 방송미디어통신위원회는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리 ·운영자가 제2항에 따른 명령을 정당한 사유 없이 반복적으로 이행 하지 아니하거나, 조롱·혐오정보의 반복적 게재·유통을 고의 또는 중대한 과실로 방치하여 피해 정도와 사회적 파급력이 현저하다고 인 정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 6개월 이내의 기간 을 정하여 해당 게시판 또는 정보통신서비스의 전부 또는 일부에 대 한 운영정지를 명할 수 있다.
⑦ 방송미디어통신위원회는 제6항에 따른 운영정지명령에도 불구하고 동일하거나 유사한 위반행위가 반복되어 제1항 각 호의 조치 또는 제 6항에 따른 운영정지명령만으로는 피해 확산을 방지하기 현저히 곤란 하다고 인정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 게시판 또는 정보통신서비스의 전부 또는 일부에 대한 폐쇄를 명할 수 있다.
⑧ 제1항부터 제7항까지에 따른 조치의 기준·절차, 반복적 게재·유통의 판단 기준, 관련 매출액의 산정 기준, 과징금의 부과기준, 운영정지명령 및 폐쇄명령의 기준·기간·절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 제1항 “정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자는 조롱·혐오정보의 반복적 게재·유통 사실을 알고도 정당한 사유 없이 이를 방치하여서는 아니되며, 필요한 경우 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.”고 규정한 부분의 위헌성

가) 이와 같이 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자와 같은 정보매개자에 대하여 정보에 대한 정보 삭제 등의 조치의무를 부과하고 위반시 제재하는 규율은, 사업자가

제재의 위험에서 벗어나기 위해 논란의 소지가 있는 표현물을 차단하도록 하는 유인을 제공함. 이는 결국 사업자들의 과차단, 과검열을 부추기고 합법적인 표현물들까지 차단되어 이용자들의 표현의 자유와 알 권리를 침해하는 결과로 이어질 위험이 높음.

나) 특히, 위에서 검토한 바와 같이 규제 대상 "조롱, 혐오 정보"의 개념도 헌법상의 명확성 원칙에 위반하고 있는 상황에서는, 사업자가 어떠한 정보가 불법인 "조롱, 혐오 정보"인지를 판단하는 것은 거의 불가능에 가깝다고 할 것인데, 이와 같은 "조롱, 혐오 정보"에 대한 조치의무를 부과하고 미이행시 과징금까지 부과하는 본 법안은 사업자들의 과검열을 더욱 부추기고 국민의 표현의 자유에 대한 심대한 침해로 이어짐.

3) 방송미디어통신위원회의 조치명령, 운영정지, 폐쇄 명령 권한 규정의 위헌성

가) 위에서 검토한 바와 같이 규제 대상 정보의 정의규정이 헌법상 명확성의 원칙에 위반하고 있는 상황에서, 행정기관인 방송미디어통신위원회가 정보에 대한 조치명령 등을 할 수 있도록 하고 있는 본 법안은 행정기관의 자의적인 판단에 따라 정치적으로 남용되어 민주적 공론장을 왜곡시킬 위험이 높아 그 위헌성이 더욱 심대함. 헌법재판소 역시 "행정권력에 의해 표현의 자유에 대한 직접적인 내용규제"가 이루어지는 불온통신 금지 조항에 대한 위헌 결정에서 "대저 전체주의 사회와 달리 국가의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며, 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 민주주의 사회에서 "공공의 안녕질서"나 "미풍양속"과 같은 상대적이고 가변적인 개념을 잣대로 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고, 정치적, 이데올로기적으로 악용될 우려가 있다. 더욱이 집권자에 대한 비판적 표현은 "공공의 안녕질서"를 해하는 것으로 쉽게 규제될 소지도 있다." 라고 한 바 있음. (헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인)

나) 또한 불특정 다수의 이용자들이 상시적으로 자유로운 표현을 교환하는 온라인 게시판 또는 정보통신서비스(이하 '웹사이트'라 함) 내에 일부 문제적 정보가 있다는 이유만으로 웹사이트 전체를 운영정지하거나 폐쇄하는 것은 헌법상 과잉금지 원칙에 위반하여 다른 합법적이고 선량한 이용자들의 표현의 자유 등 기본권을 침해하는 것임.

다) 즉, 일부 문제적인 정보가 유통되고 있다는 이유로 여러 개별 정보의 집합체인 웹사이트 전체를 차단하는 것은, 그 안에 있는 합법정보까지 모두 과차단되어 필연적으로 표현의 자유와 알 권리의 부당한 침해 및 선량한 웹사이트 이용자들의 권리 침해로도 이어짐. 우

리 판례 역시 개별 정보의 집합체인 웹사이트 자체를 차단하기 위해서는 원칙적으로 웹사이트 내에 존재하는 개별 정보 전체가 불법정보에 해당하여야 하고, 해당 웹사이트의 제작 의도, 웹사이트 운영자와 게시물 작성자의 관계, 웹사이트의 체계, 게시물의 내용 및 게시물 중 위법한 정보가 차지하는 비중 등 제반 사정을 고려하여 전체 웹사이트를 불법정보로 평가할 수 있고, 그에 대한 전체 차단이 불가피한 경우에만 예외적으로 해당 웹사이트를 차단할 수 있다고 판시한 바 있음(대법원 2015. 3. 26. 선고, 2012두26432 판결).

라) 본 법안은 이렇듯 웹사이트 전체를 불법정보로 판단하는 경우가 아니라, "정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자가 제2항에 따른 명령을 정당한 사유 없이 반복적으로 이행하지 아니하거나, 조롱·혐오정보의 반복적 게재·유통을 고의 또는 중대한 과실로 방치하여 피해 정도와 사회적 파급력이 현저하다고 인정되는 경우"에 해당 게시판 또는 정보통신서비스의 전부 또는 일부에 대한 운영정지를 명할 수 있다고 규정하고(제6항), "운영정지명령에도 불구하고 동일하거나 유사한 위반행위가 반복되어 운영정지명령만으로는 피해 확산을 방지하기 현저히 곤란하다고 인정되는 경우"에는 해당 게시판 또는 정보통신서비스의 전부 또는 일부에 대한 폐쇄를 명할 수 있다고 규정하고 있으며(제7항), "조치의 기준·절차, 반복적 게재·유통의 판단 기준, 관련 매출액의 산정 기준, 과징금의 부과기준, 운영정지명령 및 폐쇄명령의 기준·기간·절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있음(제8항).

마) "정당한 사유없이", "고의 또는 중대한 과실로 방치", "피해 정도와 사회적 파급력이 현저", "운영정지명령만으로는 피해확산을 방지하기 현저히 곤란" 등의 추상적이고 불명확한 개념으로 그 운영정지 및 폐쇄 명령 가능 기준을 설정한 것은, 결국 행정기관의 자의적인 판단에 웹사이트의 운영정지, 폐쇄 권한을 일임한 것과 다름없음. 대통령령으로 구체적인 기준을 정하도록 규정하고 있다고 하더라도, 헌법상 포괄위임임법금지 원칙에 따라 본 법률조항에서 어느 정도 구체적으로 범위를 정하여 대통령령에 위임하여 수범자로 하여금 대통령령으로 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 하는데, 본 법률조항에서는 구체적인 기준을 전혀 제시하고 있지 않아 헌법상 포괄위임입법금지 원칙에도 위반하고 있다고 할 것임.

바) 즉, 방송미디어통신위원회의 조치명령, 과징금 부과, 운영정지, 폐쇄 명령 권한을 규정한 안 제44조의8는 추상적이고 불명확한 기준으로 행정청의 자의적인 판단에 따라 정보에 대한 조치 및 웹사이트에 대한 운영정지, 폐쇄 명령을 할 수 있는 권한을 부여하고 있는 것으로, 헌법상 명확성 원칙, 과잉금지원칙, 포괄위임입법금지 원칙 등을 위반하여 국민의

표현의 자유, 알 권리 및 정보통신서비스 제공자들의 직업수행의 자유, 영업의 자유와 재산권 등을 침해하는 위헌적 법안임.

나. 해외 주요 국가의 유사 사례 및 시사점

1) 독일의 경우, 2018년 시행된 네트워크 집행법(NetzDG)은 독일 연방 사법청이라는 행정기관(연방유스티츠암, BfJ)이 감독 주체가 되어 이용자 수가 200만 명을 넘는 SNS 사업자에게 명백한 불법정보(헤이트 스피치, 나치 찬양, 명예훼손 등 포함)를 신고받은지 24시간 이내에 (모호한 경우 7일 이내에) 삭제 또는 차단할 의무를 부과하고, SNS 사업자가 시스템을 갖추지 않거나 삭제 의무를 체계적으로 이행하지 않을 경우, 감독청이 최대 5,000만 유로(약 700억 원)의 행정 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있었음. 법 시행 이후 "플랫폼이 과징금을 피하려고 합법적 비판까지 삭제한다(과잉 삭제)"며 표현의 자유 침해 논란이 크게 불거졌고, 이후 이의신청 절차와 반박권을 보완하는 개정안을 거쳐 현재 EU 전체의 디지털서비스법(DSA) 체계로 흡수·통합되었음.

2) 프랑스는 위 독일의 NetzDG를 벤치마킹하여 2020년 아비아법 (Loi Avia)의 제정을 추진하였음. 본 법안은 프랑스 방송통신위원회(CSA, 행정기관)가 감독 권한을 가지고, 인종, 종교, 성별 등에 대한 혐오표현 및 성희롱 게시물 등에 대해 신고 후 24시간 이내 삭제 의무를 부과했으며, 위반 시 최고 125만 유로 또는 글로벌 매출의 4%에 해당하는 행정 과징금을 부과하도록 규정하고 있었음. 그러나 프랑스 헌법위원회(Decision n° 2020-801 DC)가 "법원의 사법적 판단 없이, 행정기관의 감독과 막대한 과징금 위협 하에 24시간 내 삭제를 강제하면 플랫폼이 사적 검열관이 되어 합법적 표현까지 과잉 삭제하게 된다"는 이유로 핵심 조항에 대하여 위헌 판결을 내렸음.

3) 싱가포르의 경우, 일명 “온라인 거짓 정보 및 조작 방지법”(POFMA, 2019년)을 시행하여, 각 정부 부처 장관(행정부)이 특정 게시물이 '거짓'이거나 '공익에 반한다(혐오 유발 등)'고 판단하면 직접 조치명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있음. 명령을 이행하지 않을 경우 최대 100만 싱가포르 달러(약 10억 원)의 과징금이나 서비스 차단 명령 등 강력한 행정제재도 가해질 수 있음. 행정부가 직접 혐오 및 가짜뉴스의 기준을 정하고 제재할 수 있도록 하는 이러한 규제가 정부 비판을 탄압하는 도구로 악용될 수 있다는 국제사회의 거센 비판을 받고 있음.

4) 유럽연합(EU)의 디지털 서비스법 (DSA, 2024년)은 행정기관이 개별 게시글에 대한 조치

를 일일이 명령하는 방식이 아니라, 인터넷 플랫폼의 관리 시스템과 투명성을 통제하는 간접적인 규제 방식임. 인터넷 사업자들은 불법 콘텐츠(혐오 발언, 아동 성학대물, 가짜뉴스 등) 신고되면 신속히 처리할 수 있는 신고·조치 시스템(Notice and Action)을 구축할 의무 및 플랫폼의 위험성 평가 보고서를 제출하는 등의 의무를 부과받음. 시스템 구축 의무를 이행하지 않거나 위험 관리를 방치할 경우, 글로벌 매출의 최대 6%에 달하는 행정 과징금을 부과할 수 있음.

5) 한편, 불명확한 기준으로 행해지는 행정기관에 의한 표현물 규제는 세계 여러 나라의 최고재판소들에 의해 위헌판정을 받은 바 있음.[3)]

가) 미국 연방대법원은 로드아일랜드주 '청소년 비행 진흥 조사위원회(행정위원회)'가 서적 판매상들에게 명확한 법적 기준 없이 "유해/청소년 비행 유발 서적" 목록을 통지하고, 경찰 협조를 암시하며 자체 회수를 압박한 사건에서, 위원회의 행위는 법원의 정식 사법 심사나 명확한 기준 없이 행정 권력의 위력으로 표현물을 사전 차단한 '비공식적 사전 검열(Informal Prior Restraint)'에 해당하며, 이는 수정헌법 제1조(표현의 자유) 및 제14조(적법절차) 위반으로 위헌이라고 판결함. (Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58, 1963)

나) 캐나다 대법원은 캐나다 세관(행정기관)이 성소수자(LGBTQ+) 전문 서점이 수입하려는 서적·음란물을 '음란성'을 이유로 자의적으로 압류·지연시킨 사건에서, 세관의 음란물 수입 금지 권한 자체는 합헌으로 보았으나, 행정관료들이 불투명하고 자의적인 기준으로 성소수자 표현물만을 표적 삼아 차단한 집행 행위는 캐나다 권리와 자유 헌장(Charter) 제2조(b)의 표현의 자유를 침해한 부당한 집행이라고 판시함. (Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada, 2000 SCC 69, 2000)

다) 필리핀 대법원은 필리핀 사이버범죄 예방법(Cybercrime Prevention Act of 2012) 제19조가 법원의 영장이나 명확한 기준 없이 법무부(DOJ) 장관에게 "불법으로 보이는 컴퓨터 데이터에 대한 접근 차단·제한 권한"을 부여한 사건에서, 사법부의 판단 절차 없이 행정부

3) Bantam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963); Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), 2000 SCC 69 (2000) (Canada); Rappler, Inc., Petitioner v. Andres D. Bautista, Respondent, [2016] PHSC 85 (Hong Kong); Poland v. Parliament and Council, 62019CJ0401 (EU); Disini v. The Secretary of Justice, [2014] G.R. No. 203335 (Philippines); French Constitutional Council – Decision n 2009-580 DC of 10 June 2009 (only in French, June 10, 2009); French Constitutional Counicil – Decision n 2020-801 DC of 18 June 2020; Turkish Constitutional Court, nos. 2014/149 (October 2, 2014, annulling the law), following no. 2014/3986 (April 2, 2014, lifting Twitter.com ban), no. 2014/4705 (May 29, 2014, lifting YouTube.com ban)

(법무부)가 독단적으로 웹사이트나 데이터를 차단할 수 있도록 한 조항은 표현의 자유와 과잉금지원칙을 위반한 위헌적 사전 검열이라고 판단하여 해당 조항을 무효화함. (Disini v. The Secretary of Justice, G.R. No. 203335, 2014)

라) 프랑스 헌법위원회 (Conseil Constitutionnel)는, 플랫폼 기업에게 혐오 표현(Hate Speech) 신고 접수 후 24시간 이내에 삭제하지 않으면 막대한 과징금을 부과하도록 한 아비아(Avia) 법에 대해, 사법부의 판단 없이 24시간이라는 짧은 시한과 벌금 위협을 가하면, 플랫폼이 형사처벌을 피하기 위해 합법적인 표현까지 사전 검열·과잉 삭제(Chilling Effect)하게 만듦으로 표현의 자유 침해로 위헌 결정함. (n° 2020-801 DC, 2020. 6. 18.)

마) 튀르키예 헌법재판소는 통신정보기술청(TİB, 행정기관)이 법원 판결이나 명확한 법적 근거 없이 정부 비판 영상·트윗이 확산되자 Twitter와 YouTube 접속을 전면 차단한 사건에서, 행정기관에 무제한에 가까운 사이버 차단 권한을 부여한 법률 조항을 무효화하고, 사법적 절차 없이 행정 권력으로 특정 SNS 서비스 전체를 차단한 것은 국민의 알 권리와 표현의 자유를 심각하게 침해한 행위이므로 즉시 차단을 해제하라고 판결함 (no. 2014/149, October 2, 2014; no. 2014/3986, April 2, 2014; no. 2014/4705, May 29, 2014).

6) 위와 같은 해외 사례, 동향은 국가(행정부)의 직접적인 정보, 표현물 검열이나 개입은 필연적으로 정치적 남용 및 과검열 등의 위험을 안고 있어 표현의 자유를 침해하는 위헌성을 지니고 있어 지양되어야 한다는 점을 시사함.

<끝>